

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

**CRISE DA SOBERANIA E A EMERGÊNCIA DE NOVOS
ESPAÇOS TRANSNACIONAIS: A CONCEPÇÃO
INSTITUCIONALISTA DE SANTI ROMANO COMO PONTO
DE PARTIDA PARA UM ESTUDO SOBRE AS PRINCIPAIS
TRANSFORMAÇÕES EM ATO**

TARCÍSIO VILTON MENEGHETTI

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

**CRISE DA SOBERANIA E A EMERGÊNCIA DE NOVOS
ESPAÇOS TRANSNACIONAIS: A CONCEPÇÃO
INSTITUCIONALISTA DE SANTI ROMANO COMO PONTO
DE PARTIDA PARA UM ESTUDO SOBRE AS PRINCIPAIS
TRANSFORMAÇÕES EM ATO**

TARCÍSIO VILTON MENEGHETTI

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Josemar Sidinei Soares

Co-orientador: Professor Doutor Carlo Calvieri

Itajaí-SC março de 2018.

AGRADECIMENTOS

Ao **Prof. Dr. José Carlos Machado**, por desde meus tempos de graduação ter acreditado em meu potencial e sempre apoiado institucionalmente no desenvolvimento de minha carreira.

Ao **Prof. Dr. Paulo Cruz**, um líder que já opera em dimensão transnacional, que abre estradas para tantas pessoas de valor, alguém que com sua intensidade e dinamismo consegue mover instituições a serem sempre maiores.

Ao **Magnífico Reitor Prof. Dr. Mário César dos Santos**, por ser uma liderança sensível a dar oportunidade a jovens talentos na universidade, oferecendo o apoio institucional necessário para cada um desenvolver suas potencialidades.

Ao **Prof. Dr. Josemar Soares**, não somente pela orientação intelectual de tantos anos mas, sobretudo, existencial, uma inteligência pedagógica raríssima que a humanidade hoje tanto necessita.

Ao **Prof. Dr. Carlo Calvieri**, por dar o ponto, ser sempre preciso nas observações, críticas profundas, por ter acreditado na proposta da tese.

Ao **Prof. Dr. Rafael Padilha**, que bem poderia ser chamado de outro co-orientador, pelo acompanhamento constante, refinado, rigoroso, sem o qual a tese não seria como está hoje, um verdadeiro intelectual que a ciência hoje raramente produz.

Ao **Prof. Dr. Newton Pilau**, por todo o apoio durante a realização do Doutorado, sempre sendo disponível para auxiliar na organização das viagens e atividades.

Aos **Professores Dr. Maurizio Oliviero e Dra. Maria Chiara**, pelas riquíssimas convivências durante o período em Perugia.

Aos **meus pais e ao meu irmão**, pela confiança e paciência durante todos

estes anos de dedicação intelectual e profissional, por compreenderem que tudo está sendo feito visando objetivos maiores.

À **Eduarda**, pela coragem de acreditar em um projeto único, por decidir contribuir com um trabalho de civilização e humanismo, pela convicção de que é possível uma sociedade mais viva.

Aos meus grandes amigos, em especial **Matheus e João**, pelos longos anos de parcerias capazes de ajudar o amigo a ser maior, a retornar ao seu ponto vencedor, amizades que dificilmente hoje se encontram.

À toda equipe do PPCJ, em especial aos caros amigos **Jaqueline e Alexandre**, por todo o apoio institucional, bem como à equipe da coordenação de Direito em Balneário Camboriú, em especial ao **Prof. Everaldo e à Flávia e à Sandra**, por estarem sempre disponíveis a ajudar na condução das atividades da graduação.

À **CAPES**, pelo apoio financeiro e institucional, pela confiança na ciência, na formação de novos intelectuais capazes de contribuírem na construção de um país mais soberano.

E não menos importante, **a todos os meus alunos**, em especial àqueles que possuem a necessidade ontológica de realizarem uma vida distinta, superior.

Dedico este trabalho a todos aqueles que de modo sincero buscam meios de construir uma sociedade mais voltada aos valores que sempre nortearam as maiores realizações da humanidade.

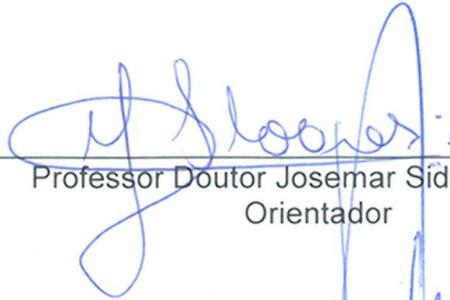
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 7 de agosto de 2017.

Tarcísio Vilton Meneghetti
Doutorando

Esta Defesa de Tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em
Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Josemar Sidinei Soares
Orientador



Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Comissão Examinadora composta pelos Professores



Doutor Josemar Sidinei Soares (UNIVALI) – Presidente



Doutor Carlo Calvieri (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutor Guido Sirianni (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutor Simone Vezzani (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI) – Membro



Doutor Rafael Padilha dos Santos (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 13 de setembro de 2017.

ROL DE CATEGORIAS

CONSTITUIÇÃO (ORDEM PLURALISTA)

“Nossa ordem axiológica constitucional, responde a uma estrutura aberta e dinâmica, corolária do pluralismo político, consagrado também em nossa Lei das leis como o valor superior do ordenamento jurídico. Nosso estatuto de direitos e liberdades se faz, desse modo, fundado em uma ordem pluralista, combinada com uma sociedade aberta. Esta estrutura pluralista é a que legitima os representantes parlamentares para uma concretização e desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais, de acordo com as aspirações sociais manifestadas pelas maiorias. De igual modo, o próprio processo hermenêutico constitucional atua com um leitor aberto às distintas exigências e alternativas práticas ou melhor, como uma instância crítica capaz de ‘ponderar os bens’, a fim de resolver e canalizar os conflitos que podem dar-se entre os diversos valores e interesses tutelados pela normativa constitucional”¹.

DIREITO (CONCEPÇÃO INSTITUCIONALISTA)

É o princípio de força que anima cada instituição. Direito é instituição no sentido de que seu conceito deve conduzir ao conceito de sociedade, pois cada corpo social, para existir, precisa de um direito que o regulamente. Direito enquanto instituição significa dizer que cada sociedade sempre se regulamenta pelo direito.²

ESPAÇO TRANSNACIONAL

Efeito do processo de globalização, que gera espaços distintos das categorias ‘nacional’ e ‘internacional’. Transnacional é o espaço que surge da porosidade e fragilidade das estruturas regulamentatórias nacionais e internacionais. No espaço transnacional interagem atores estatais e não-estatais, e tendem sempre a criar modos de regulamentação próprios, não totalmente vinculados aos poderes estatais. É transnacional porque vai além do nacional, não encontra barreiras físicas,

¹ LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado). p. 23-24.

² ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**. Firenze: Ed. Sansoni, 1967.

fronteiras, para seu poder, vez que se desvinculou das limitações territoriais.³

ESTADO

Corpo social, ordenamento jurídico, integrado pelos elementos de governo, território e povo. O Estado não é ente fictício ou abstrato, mas real, é o resultado do processo de organização de determinado povo em determinado território, através do governo. Estado é instituição originária, no sentido que funda a si mesmo. O Estado não possui ordenamento jurídico, mas é um ordenamento jurídico, posição que determinada sociedade tomou para organizar a si mesma.⁴

ESTADO MODERNO

Redução à unidade da multiplicidade de elementos internos de determinada sociedade. O Estado moderno surge como força superior capaz de equilibrar os diversos poderes e interesses que coexistem no interior de uma sociedade contraditória como a moderna. O modo em que o Estado moderno utiliza essa força é pelo direito, impondo a todos os indivíduos que o integram a necessidade de respeito ao próprio ordenamento jurídico.⁵

ESTADO MODERNO (CRISE)

Para Romano a crise do Estado moderno é o processo histórico de surgimento de novos atores e forças no interior do Estado, como associações sindicais, políticas, revolucionárias, entre outras, e que, não sendo reconhecidas e integradas no ordenamento estatal acabam por colidir com este e colocar em risco sua própria integridade. Com o avanço da globalização este fenômeno se torna mais intenso, porque surgem atores que transcendem o Estado nacional capazes de determinar sua condição de existência em dignidade.⁶

GLOBALIZAÇÃO

³ Baseado em STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 21.

⁴ Baseado no pensamento de Santi Romano, utilizando sobretudo as obras *L'Ordinamento Giuridico e Principii di Diritto Costituzionale*. ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Ed. Sansoni, 1967; ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milano: Giuffrè, 1945.

⁵ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 7

⁶ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969.

Processo de intensificação das relações sociais em escala mundial, sobretudo a partir dos avanços tecnológicos ocorridos no século XX. A aproximação cada vez maior de pessoas e poderes ao redor do globo induz a um relativismo das estruturas nacionais, abrindo espaço a estilos de vida capazes de permearem os mais diversos povos do planeta. Por globalização deve-se entender um processo crescente de cada vez maior mundialização, em contraposição às relações interestatais.⁷

INSTITUCIONALISMO

Concepção jurídica na qual o direito é entendido enquanto instituição ou corpo social e não como norma ou regra. Para o institucionalismo as normas são engrenagens, efeitos do ordenamento daquela instituição. Cada corpo social é uma instituição, no sentido de que existe de modo objetivo independente de seus membros. Esta existência objetiva é mediada justamente pelo direito. Existem diversas correntes que defendem determinado institucionalismo jurídico, mas nesta tese o foco é dirigido à abordagem de Santi Romano.⁸

INSTITUIÇÕES INTERMEDIÁRIAS

Instituições ou corpos sociais que se formam intermediariamente entre o indivíduo e o Estado. A concepção monista-estatalista resume todas as dialéticas sociais àquela Indivíduo-Estado, como se o Estado fosse formado apenas por indivíduos atomizados. Os indivíduos se organizam também enquanto famílias, empresas, clubes culturais e esportivos, associações religiosas e tantos outros corpos sociais que não se resumem ao Estado. Tais corpos sociais são as instituições intermediárias.⁹

MONISMO JURÍDICO

Concepção que lentamente se desenvolve desde as origens da modernidade, tanto do ponto de vista intelectual como prático, histórico, que defende a supremacia e exclusividade estatal na produção do direito. A concepção monista-estatalista do

⁷ Baseado nos pensamentos de Anthony Giddens, Manuel Castells e Anthony McGrew. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da UNESP, 1991; CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2003; MCGREW, Anthony. Globalization and global politics. In: BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia (Orgs.). **The globalization of world politics: an introduction to international relations**. Oxford, 2010.

⁸ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288.

⁹ GROSSI, Paolo. **Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno**. Genova: Marietti, 2015.

direito é aquela que entende ser possível somente o Estado produzir direito. Os outros corpos sociais somente possuem tal poder quando autorizados pelo Estado.¹⁰

NECESSIDADE (TEORIA DA NECESSIDADE)

“Da necessidade, pretendo identificar com tal palavra, adotada em sentido técnico, aquela necessidade que é a fonte primeira do direito, daquele direito que emana imediatamente e diretamente das forças, de modo tão categórico, explícito, certo, de não permitir que entre as necessidades sociais que determinam a norma jurídica e a declaração desta última se coloque a atividade racional dos órgãos competentes a esta declaração”.¹¹

NATUREZA SOCIAL E PLURIRRELACIONAL DO HOMEM

“Diferente de todos os animais, ou outras formas de existências conhecidas, o homem se distingue por capacidade multirrelacional. Uma árvore, um macaco têm poucos pólos de relação; o homem parece ser múltiplo, em um certo sentido indefinível, como capacidade de relação, inteligência, linguagem: fala é comunicante, é mediação de comunicação - recebe a informação e pode aumentá-la, diminuí-la ou modificá-la”¹².

ORDENAMENTO JURÍDICO

“Que tal ordenamento seja sempre e necessariamente jurídico, é demonstrado pela observação de que o objetivo característico do direito é precisamente aquele da organização social. O direito não consagra somente o princípio da co-existência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e mais duradouros do que os indivíduos”¹³ O direito é ordenamento, em Romano, porque é o modo como cada corpo social põe a si mesmo, se posiciona em relação a si mesmo, ordenando as

¹⁰ Baseado no pensamento de autores como Wolkmer, Grossi e Hespanha. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: elementos para uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994; HESPANHA, António. **Pluralismo Jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013; GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007.

¹¹ ROMANO, Santi. Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 236.

¹² MENEGHETTI, Antonio. **A crise das democracias contemporâneas**. Recanto Maestro: Ontopsicologica Editrice, 2006, p. 72.

¹³ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 89.

diversas forças e necessidades na direção de um fim comum que perpassa todos os membros.

PLURALISMO JURÍDICO

Toda concepção jurídica que entende o fenômeno do direito como intensamente diversificado e vinculado à própria sociedade. Cada sociedade, para existir, precisa de um direito que a regule, e este direito pode ser tanto baseado em costumes e práticas tradicionais como em contratos privados ou em sofisticadas legislações e códigos. Para o pluralismo jurídico não é necessário o Estado para existir o direito, sendo o Estado apenas uma das manifestações do direito.¹⁴

SOBERANIA ESTATAL

No que se refere ao Estado é necessário dizer que ele é soberano no sentido de que possui autonomia originária, pois a autonomia de regulamentar a si mesmo provém de si mesmo, e não de qualquer outro ordenamento. Isto é, na origem, o Estado pôs a si mesmo e daí retirou toda a organização social. Isto difere de ordenamentos jurídicos derivados, como é o caso de empresas públicas, derivadas do ordenamento jurídico do Estado.¹⁵

SOBERANIA ESTATAL (CRISE)

Processo histórico de fragilização da capacidade dos Estados nacionais de decidirem as questões mais vitais de sua existência. A perda da soberania dos Estados está intimamente ligada à emergência de novos poderes, sobretudo econômicos, que existem para além das limitações fronteiriças dos Estados nacionais e, ainda que não sendo regulamentados pelo poder político, possuem condições de influenciar a vida estatal.¹⁶

¹⁴ Baseado no pensamento de Wolkmer e na visão institucionalista de Romano. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: elementos para uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994

¹⁵ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milano: Giuffrè, 1945.

¹⁶ Baseado em Massimo Luciano e Giorgio Grasso. LUCIANO, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. **Rivista di Diritto Costituzionale**, 1996; GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

SUMÁRIO

RESUMO	p. 15
ABSTRACT	p. 17
RIASSUNTO	p. 19
INTRODUÇÃO	p. 21
1 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS PARA COMPREENSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO E DO INSTITUCIONALISMO	p. 31
1.1 <i>Da natureza social e plurirrelacional do homem</i>	p. 31
1.1.1 Nota sobre a posição do Estado	p. 41
1.2 A concepção monista-estatalista de direito	p. 44
1.3 A concepção pluralista de direito	p. 58
1.3.1 Nota sobre o institucionalismo francês e sua relação com o pluralismo jurídico	p. 65
2 O INSTITUCIONALISMO DE SANTI ROMANO	p. 75
2.1 O pensamento de Santi Romano em seu tempo	p. 75
2.2 A concepção ordenamental de Santi Romano	p. 77
2.2.1 Da insuficiência da doutrina que reduz todo direito ao Estado	p. 81
2.2.2 Da relação entre ordenamentos jurídicos (relevância)	p. 86
2.3 A teoria da necessidade	p. 92
3 A SOBERANIA DO ESTADO E SUA CRISE EM SANTI ROMANO	p. 116
3.1 O Estado em Santi Romano	p. 116
3.1.1 O Estado enquanto ordenamento jurídico	p. 121
3.2 A soberania do Estado	p. 125
3.3 A crise do Estado moderno	p. 127
4 A EMERGÊNCIA DO PLURALISMO JURÍDICO NOS ESPAÇOS TRANSNACIONAIS A PARTIR DO INSTITUCIONALISMO EM SANTI ROMANO	

.....	<i>p. 143</i>
3.1 A crise da soberania do Estado na era da globalização.....	<i>p. 143</i>
4.2 O Espaço Transnacional.....	<i>p. 160</i>
4.3 Regulamentações jurídicas em espaços transnacionais.....	<i>p. 167</i>
4.4 Da necessidade do pluralismo jurídico para compreensão.....	<i>p. 175</i>
CONCLUSÕES	<i>p. 193</i>
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	<i>p. 219</i>

RESUMO

A presente Tese está inserida na linha de pesquisa ***Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, enquadrada na Área de Concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito***. O objetivo geral é propor a concepção institucionalista de Santi Romano como ponto de partida para compreensão das transformações em ato nos espaços transnacionais. A crise da soberania do Estado é fenômeno diretamente vinculado à emergência de novos fenômenos jurídicos, muitos deles não atrelados à esfera estatal. Deste modo é necessário um novo paradigma de direito para compreensão de tais transformações. O problema de pesquisa é: a concepção institucionalista do direito em Santi Romano pode servir de ponto de partida para a compreensão das transformações em ato no que se refere à emergência do pluralismo jurídico nos espaços transnacionais? A modernidade presenciou a ascensão da concepção monista que entende o Estado como a única instituição capacitada a produzir o direito. Com a globalização em ato percebe-se a emergência do fenômeno dos espaços transnacionais, onde diversas espécies de relações entre atores entram em conflitos, muitas delas não reconhecidas pela figura do Estado. A pesquisa utilizou o método indutivo, tendo como marco teórico o estudo das obras de Santi Romano. O núcleo da presente tese é a defesa de que a concepção institucionalista do direito em Santi Romano pode servir de ponto de partida para compreensão das principais transformações em ato nos espaços transnacionais, vez que se observa emergência de certo pluralismo jurídico contemporâneo, em parte decorrência da crise de soberania estatal. A crise de soberania estatal exige também a atualização da ciência jurídica, pois esta, ao menos em sua faceta moderna, construiu seus grandes pilares justamente sobre o edifício do Estado. Isto não significa, contudo, que o Estado deva ser afastado do debate, nem que não tenha qualquer papel a desempenhar, mas que deva ser atualizado enquanto função no cenário contemporâneo. A compreensão da realidade contemporânea passa antes por uma análise segundo o princípio da realidade de Romano, de que o conceito deve se adequar à realidade e não o contrário. Para além das lentes ideológicas é preciso compreender o dinamismo atual com a emergência de ordenamentos jurídicos que escapam à lógica moderna de produção do direito.

Palavras-chave: Institucionalismo. Pluralismo dos Ordenamentos Jurídicos. Teoria da Necessidade. Espaços Transnacionais. Crise da Soberania Estatal.

ABSTRACT

This thesis is part of the line of research **State, Transnationality and Sustainability**, within the Area of Concentration **Constitutionalism, Transnationality and Production of Law**. The general objective is to propose the institutionalist concept of Santi Romano as the starting point for understanding the transformations in act in the transnational spaces. The crisis of State sovereignty is a phenomenon that is directly linked to the emergence of new legal phenomena, many of them not linked to the state sphere. Thus, a new paradigm of law is needed, in order to understand these transformations. The research problem posed is: can the institutionalist concept of law in Santi Romano serve as the starting point for understanding the transformations in act in regard to the emergence of legal pluralism in transnational spaces? Modernity has seen the rise of the monistic concept, which views the State as the only institution capable of producing law. With globalization in act, we see the emergence of the phenomenon of transnational spaces, where various kinds of relationships between actors come into conflict, many of them not recognized by the figure of the State. This research uses the inductive method, taking as its theoretical framework the study of the works of Santi Romano. At the core of this thesis is the defense that the institutionalist concept of law in Santi Romano can serve as the starting point for understanding the main transformations in act in transnational spaces, in view of the emergence of a certain contemporary legal pluralism due, in part, to the crisis of state sovereignty. This crisis of state sovereignty also requires an updating of legal science, given that the very pillars of legal science, at least in its modern facet, are built on the foundation of State. This does not mean, however, that the State must be removed from the debate, or that it does not have a role to play, but rather, that it must be updated as a function in the contemporary scenario. The understanding of contemporary reality is analyzed according to the principle of the reality of Romano, that the concept must fit the reality and not the other way around. Beyond the ideological lenses, one must understand the current dynamism, with the emergence of legal systems that escape the modern logic of law production.

Keywords: Institutionalism. Pluralism of Legal Systems. Theory of Need.

Transnational Spaces. Crisis of State Sovereignty.

RIASSUNTO

Questa tesi è inserita nella linea di ricerca **Stato, Transnazionalità e Sostenibilità**, area concentrazione **Costituzionalismo, Transnazionalità e Produzione del Diritto**. L'obiettivo generale è quello di proporre la concezione istituzionalistica di Santi Romano come punto di partenza per comprendere le trasformazioni in atto negli spazi transnazionali. La crisi della sovranità dello Stato è un fenomeno direttamente legato alla comparsa di nuovi fenomeni giuridici, molti dei quali non legati alla sfera statale. Dunque, è necessario un nuovo paradigma del diritto per comprendere tali trasformazioni. Il problema di ricerca è: la concezione istituzionalistica del diritto in Santi Romano può servire come punto di partenza per comprendere le trasformazioni in atto riguardanti l'emergere del pluralismo giuridico in spazi transnazionali? La modernità ha visto l'ascesa della concezione monistica che comprende lo Stato come l'unica istituzione in grado di produrre diritto. Con la globalizzazione in atto vediamo l'emergere del fenomeno degli spazi transnazionali in cui diversi tipi di relazioni tra gli attori entrano in conflitto, molte di esse non riconosciute dalla figura dello Stato. La ricerca ha utilizzato il metodo induttivo, avendo come principale riferimento teorico gli studi di Santi Romano. Lo scopo centrale di questa tesi è quello di discutere la concezione istituzionalistica del diritto secondo Santi Romano come punto di partenza per comprendere le principali trasformazioni in atto negli spazi transnazionali, visto l'emergere di un certo pluralismo giuridico contemporaneo, a causa, in parte, della crisi della sovranità dello Stato. La crisi della sovranità statale richiede aggiornamento anche della scienza giuridica, una volta che, almeno nella sua specificità moderna, ha costruito i suoi grandi pilastri sull'edificio dello Stato. Questo non vuol dire che lo Stato debba essere allontanato dal dibattito, o che non abbia un ruolo da svolgere, significa, piuttosto, che dovrebbe aggiornare le sue funzioni allo scenario contemporaneo. La comprensione della realtà contemporanea va preceduta dall'analisi del principio di realtà di Santi Romano secondo il quale il concetto deve adeguarsi alla realtà e non il contrario. Al di là delle lenti ideologiche, è necessario comprendere l'attuale dinamismo dato dall'emergere di ordinamenti giuridici che sfuggono alla moderna logica produttiva di diritto.

Parole chiave: Istituzionalismo. Pluralismo degli ordinamenti giuridici. Teoria della necessità. Spazi transnazionali. Crisi della sovranità dello Stato.

INTRODUÇÃO

A presente tese de Doutorado possui como **objetivo geral** propor a concepção institucionalista de Santi Romano como ponto de partida para compreensão das transformações em ato nos espaços transnacionais. A crise da soberania do Estado é fenômeno diretamente vinculado à emergência de novos fenômenos jurídicos, muitos deles não atrelados à esfera estatal. Deste modo é necessário um novo paradigma de direito para compreensão de tais transformações.

Este trabalho encontra-se vinculado à área de concentração **Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito** e à linha de pesquisa **Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Trata-se, ainda, de pesquisa realizada em Programa de Dupla Titulação entre a Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, e a Università Degli Studi di Perugia - UNIPG/Itália.

Os objetivos específicos são:

✓ Apresentar a noção de pluralismo jurídico no espaço transnacional, que inclui as diversas manifestações do Direito na forma de direitos nacionais, direito internacional, direitos comunitários de etnias, *lex mercatoria*, regulamentações privadas de temas como esportes e áreas culturais, regras aplicadas ao ciberespaço, etc;

✓ Analisar a concepção institucionalista do Direito em Santi Romano como alternativa teórica à concepção monista que entende o direito como fenômeno exclusivamente originado pelo Estado;

✓ Demonstrar que a noção monista-estatalista de Direito, vinculada aos conceitos de Norma Jurídica e de Estado como único produtor do Direito, é insuficiente para explicar as relações no espaço transnacional;

✓ Explicar a relação entre crise da soberania estatal e a emergência de espaços transnacionais preenchidos por outros ordenamentos jurídicos e de como isto se intui a partir da teoria da necessidade em Romano;

✓ Apresentar a abordagem romaniana como ponto de partida para compreensão das transformações em ato, vez que entende ser o pluralismo jurídico dado inafastável da realidade, mas que ao mesmo tempo é necessária a existência

de uma ou mais instituições capazes de ordenar as demais, tendo em vista a defesa do bem comum dos indivíduos que vivem naquele contexto.

A pesquisa utilizou o método indutivo, tendo como marco teórico o estudo das obras de Santi Romano.

O problema de pesquisa é: a concepção institucionalista do direito em Santi Romano pode servir de ponto de partida para a compreensão das transformações em ato no que se refere à emergência do pluralismo jurídico nos espaços transnacionais?

A hipótese é a seguinte:

✓ A concepção institucionalista do Direito em Santi Romano permite a fundamentação das múltiplas relações jurídicas presentes nos espaços transnacionais, tendo em vista que o seu conceito emana da própria Sociedade e não do Estado.

Isto porque, para Romano o Estado em sua concepção moderna pode ser incluído na lógica transnacional, mas seu papel enquanto ente capaz de harmonizar os vários interesses contraditórios tendo em vista um bem comum deve ser reavaliado e atualizado diante das exigências de um mundo sempre mais globalizado, menos dependente de categorias como tempo e espaço e mais inserido numa dinâmica de fluxos.

Decorre disso que nos espaços transnacionais a *lex mercatoria*, as organizações de áreas específicas como esportes e cultura, as relações não governamentais, o ciberespaço, entre outras dimensões sociais, devem também ser reconhecidas, ao menos do ponto de vista conceitual, como ordenamentos jurídicos autônomos.

Portanto, pode-se dizer que a emergência do pluralismo jurídico nos espaços transnacionais decorre, em parte, da crise da soberania estatal, que no decorrer do século XX começou a sofrer dificuldade para controlar diversas áreas da vida. Este vazio passou a ser preenchido por novas instituições.

A análise da teoria geral de Romano, que engloba a teoria da instituição, a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e a teoria da necessidade, em

conjunto com sua abordagem concreta e histórica acerca do Estado moderno permite sua atualização para o complexo cenário contemporâneo, servindo inclusive de ponto de partida para compreensão das principais transformações em ato.

A realidade cotidiana hoje oferece ao jurista diversos fenômenos não facilmente catalogáveis dentro da clássica abordagem de direito como sendo produto exclusivo do Estado. Pode-se citar, por exemplo, o comércio transnacional entre grandes corporações, muitas vezes sendo negociações que passam à margem das estruturas estatais; áreas como esporte, onde instituições como a Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA ou o Comitê Olímpico Internacional - COI exercem poder superior aos dos Estados-nacionais nas matérias que lhes tocam; o processo migratório, com quantidades sempre maiores de indivíduos abandonando suas terras natais pelos mais variados motivos (guerras, desastres naturais, busca de melhor qualidade de vida, etc.) e passando a viver em outros países, eclodindo daí uma série de problemáticas de cunho político, social, econômico e religioso que desaguarão na esfera jurídica; a questão de como proteger a cultura de populações tradicionais que vivem no interior dos territórios nacionais; o crime organizado e o terrorismo, que já utilizam recursos e estratégias transnacionais, como podem ser enfrentados dentro de uma lógica estritamente nacional? Há cada vez mais áreas em que o direito estritamente proveniente do Estado encontra sérias dificuldades para agir.

O núcleo da presente tese é a defesa de que a concepção institucionalista do direito em Santi Romano pode servir de ponto de partida para compreensão das principais transformações em ato nos espaços transnacionais, vez que se observa emergência de certo pluralismo jurídico contemporâneo, em parte decorrência da crise de soberania estatal. A crise de soberania estatal exige também a atualização da ciência jurídica, pois esta, ao menos em sua faceta moderna, construiu seus grandes pilares justamente sobre o edifício do Estado. Isto não significa, contudo, que o Estado deva ser afastado do debate, nem que não tenha qualquer papel a desempenhar, mas que deva ser atualizado enquanto função no cenário contemporâneo.

Paolo Grossi, em sua exposição acerca daquilo que chama por 'mitologias jurídicas da modernidade', expressão inspirada no verbete '*mitologie*

giuridiche' no Dicionário de Santi Romano, afirmando que aquilo que sempre mais o alarmou como jurista é a teimosa desconfiança do homem comum, do homem do povo, em relação ao direito. Para o homem comum haveria a 'justiça' e o 'direito', sendo este último apenas uma série de comandos autoritários emanados de um poder superior, como algo que 'cai do alto' e contra o qual o cidadão é totalmente indefeso.

Desse modo, o conjunto de leis e regras criadas pelo Estado não seria recebida pelo homem do povo como determinações sapienciais, preenchidas com conteúdos de verdade, mas simples determinações coagentes, que, se violadas, acarretam sanções (reclusões, multas, etc.). Já Hegel alertava sobre o fato de que se o direito não for produzido a partir de conteúdos éticos se tornaria meramente direito abstrato, um conjunto vazio de regras que funciona simplesmente como regras de um jogo, em que o indivíduo cumpre as regras para obter determinado resultado, não se importando se tais regras possuam algum conteúdo superior, verdadeiro, ou não.

E é este direito, visto pelo cidadão como uma determinação que coage, quase o único direito ensinado e discutido nas universidades e produções acadêmicas contemporâneas. Nos últimos séculos, ao menos no mundo ocidental, os cursos jurídicos se tornaram meramente propagadores da ciência jurídica enquanto ciência do Estado, do direito oficial como unicamente o direito do Estado. Mesmo aquelas poucas áreas que ainda mantinham algum grau de autonomia ao indivíduo, como o direito contratual, pouco a pouco foram sendo arrastadas para os ditames estatais.

Rodolfo Sacco lembra que esta percepção pode gerar a falsa impressão de que o direito sempre tenha sido assim, de que o direito sempre tenha sido apenas uma faculdade do Estado. No entanto, o estudo da história revela que o monopólio estatal sobre a produção jurídica é algo específico do mundo ocidental dos últimos séculos, sobretudo após a Revolução Francesa e a era napoleônica dos códigos. Antes da modernidade prevalecia na Idade Média certo pluralismo jurídico, em que as regras que regulamentavam a vida em sociedade eram todas criadas pelas instituições diretamente vinculadas, sendo o direito comercial produto dos

comerciantes, o direito eclesiástico produto da Igreja, os direitos rústicos produzidos nas próprias vilas rurais, as relações de trabalho regulamentadas nos seios das próprias corporações de ofício, e assim por diante. Havia um direito romano, capaz de promover o diálogo entre todos estes direitos, no caso de conflito entre eles, mas não havia ainda um órgão superior dotado de poder exclusivo na criação e aplicação do direito.

É com o surgimento e ascensão do Estado como instituição que racionaliza a vida social, tal como já defende Max Weber¹⁷, que o direito passa a ser sempre mais monopólio estatal em confronto com a sociedade.

Daí se pode interrogar até que ponto a ciência jurídica atual não seja apenas a produção normativa estatal do direito. Ou seja, os cursos de direito, da graduação à pós-graduação, realmente investigam o que seja o fenômeno jurídico, sua função dentro da organização social, esta bem mais ampla, condicionada por elementos culturais, morais, econômicos, religiosos, etc., ou apenas preparam o futuro profissional numa atividade técnica de dominar as regras criadas pelos legisladores?

Importante esclarecer já na introdução, que não é, de maneira alguma, objetivo desta pesquisa tentar negar ao Estado o direito de produzir suas próprias normas. Talvez de fato o Estado seja inclusive a instituição mais importante. Não obstante, o Estado não é, e não será jamais, a única instituição capaz de produzir direito, e que resumir todo o fenômeno jurídico a um fenômeno estatal é transformar o direito em mero apêndice da ciência do Estado.

Isto porque, como se verá, a partir da argumentação romaniana, a pluralidade dos ordenamentos jurídicos é dado inafastável da realidade, vez que o ser humano, enquanto naturalmente social e plurirrelacional, tende sempre à diversidade. Daí que cada espécie de corpo social será um ordenamento jurídico próprio, reflexo das circunstâncias em que existe, conforme será visto quando abordada a teoria da necessidade, também em Romano. O Estado nasceu da necessidade, em determinado contexto histórico, mas não é um dado absoluto, uma

¹⁷ WEBER, Max. **Economy and Society**. Oakland: University of California Press, 1978.

instituição em si e por si indispensável para a existência humana.

Dito isto, não significa que para Romano o Estado não tenha importância central. Na presente tese, quando se abordar o pensamento do jurista italiano, se procurará distinguir uma teoria geral do autor, ancorada na teoria da instituição, na teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e na teoria da necessidade, e uma visão concreta e histórica deste intelectual acerca de seu tempo e da modernidade. Em diversos textos Romano afirma o papel fundamental do Estado enquanto instituição mais importante da modernidade, a única que foi capaz de, ao menos parcialmente, harmonizar os interesses fragmentados e contraditórios na direção de um bem comum, uma instituição que se eleva sobre as demais que coexistem a ele no mesmo território e ao mesmo tempo.

Mesmo no discurso sobre a crise do Estado moderno, Romano reafirma a convicção de que o Estado poderia superar as dificuldades, englobando em seu ordenamento as novas tendências, como as associações profissionais e sindicais, os movimentos revolucionários, que se não compreendidos, colocariam em risco a própria existência do edifício estatal. O Estado precisaria entender tais fenômenos e internalizá-los, deixando-os sob sua égide.

Ainda assim eram fenômenos internos, que o ameaçavam de dentro. Passados quase cem anos a humanidade depara-se com um cenário totalmente diverso. Hoje as forças que ameaçam a soberania estatal não são mais, principalmente, internas, mas atores que se movem para além da lógica do tempo e do espaço, se movem em fluxos, numa dinâmica transnacional. É o caso do sistema financeiro, de tantos grupos empresariais transnacionais, de organizações não-governamentais, etc.

Além disso, sem a necessidade de recorrer a debates ideológicos, salienta-se que no período em que vivemos e para onde tendemos a ir, cada vez mais se percebe a incapacidade do Estado de produzir normas capazes de ordenar várias esferas da vida em sociedade. Em um mundo cada vez mais globalizado como conseguiria o Estado regulamentar o comércio internacional, quando já se discute a nova *lex mercatoria* entre megacorporações transnacionais? Como pode o

Estado-nação, este ente tão importante na modernidade, hoje dar conta da problemática migratória? Ou ainda de fenômenos também transnacionais como o terrorismo e o crime organizado?

Pode o Estado, uma instituição erguida sob a mentalidade da modernidade, ser capaz de se adequar a esta nova realidade? Por outro lado, ainda que não seja capaz, permanece o argumento de Romano de que é necessária uma ou mais instituições capazes de preservar o bem comum diante da fragmentação e contradição de interesses. Portanto, se o Estado não é capaz, algum espaço público deverá sê-lo, do contrário a própria lógica de proteção do meio ambiente, dos direitos humanos, entre outros interesses fundamentais planetários, estará em risco.

Como se verá ainda, a emergência destes ordenamentos jurídicos transnacionais, que ocupam espaços transnacionais, nascem, ao menos parcialmente, justamente da crise de soberania estatal, que não parece em total condição de ordenar vários segmentos da vida que vem se transformando radicalmente com os avanços tecnológicos e um processo sempre mais veloz de globalização.

A partir desta problemática a presente pesquisa propõe o referencial teórico do institucionalismo, a partir da visão de Santi Romano, como abordagem capaz de compreender de modo mais adequado a pluralidade de fenômenos jurídicos constatados no mundo contemporâneo. Além disso, a visão de Romano sobre o Estado auxiliará na compreensão do papel deste ente e da necessidade de sua atualização, para que ao menos sua função, de proteção do bem comum diante dos interesses parciais, seja mantida, ou futuramente transferida a outra instituição ou espaço público.

Romano defende a concepção institucionalista do direito, aquela que vê o fenômeno jurídico não primariamente como norma, mas como ordenamento, atitude de cada sociedade perante a si mesma. O direito é a capacidade de cada sociedade organizar a si mesma. Por sociedade aqui se entendem desde aquelas baseadas no vínculo biológico como a família, o clã, a tribo, até as mais complexas como o

Estado, o mercado, a sociedade internacional, passando por aquela infinitude de intermediárias como as organizações empresariais, os partidos políticos, os sindicatos, as associações esportivas, artísticas, etc. Cada sociedade, no momento em que existe, precisa se autorregulamentar, seja na forma de complexos emaranhados normativos, seja na aceitação da prevalência consuetudinária, mas sempre necessitará de auto-ordenamento.

De modo direto se propõe aqui que a teoria de Romano, se atualizada, pode ser ponto de partida para compreensão da emergência de um pluralismo jurídico em espaços transnacionais que está ligado à crise da soberania do Estado. O vínculo entre os dois fenômenos está na tripla teoria de Romano, quais sejam: a teoria da instituição, a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e a teoria da necessidade. As duas primeiras são mais célebres, porque ambas presentes na obra *L'Ordinamento Giuridico*, já a última se encontra presente nesta, mas construída nos textos anteriores do autor. Também por isto esta terceira teoria receberá tratamento especial na presente tese.

O Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, em cooperação com a Università degli Studi di Perugia, se propõe a ser instituição vanguardista nos estudos contemporâneos da ciência jurídica, vez que pretende oferecer abordagens inovadoras capazes de compreender melhor o papel do direito em um mundo globalizado, sempre mais transnacional. O mundo hoje, seja do ponto de vista tecnológico como econômico e social, é muito diverso daquele mundo dos séculos XIX e XX, mas nossos aparatos jurídicos ainda são basicamente os mesmos. O nosso modelo jurídico foi eficaz no modo de apreender a realidade social dos séculos passados, quando categorias como nação e território eram fundamentais, mas não parece apto a oferecer a mesma força nos dias atuais.

Portanto, a presente pesquisa encontra-se solidamente adequada aos objetivos centrais do programa de pesquisa no qual está inserida.

A presente tese está estruturada na seguinte forma:

No **capítulo I** são apresentados elementos introdutórios para se

compreender o cenário de debate no qual entra a teoria de Romano. Por isto são discutidas questões como o monismo e o pluralismo jurídico. O pluralismo jurídico aqui é introduzido como reflexo da natureza social e plurirrelacional do homem, de modo que seja um dado inafastável da realidade, e que, portanto, o Estado jamais conseguiria se tornar uma entidade absoluta, vez que sempre restaria algumas dimensões da vida não preenchidas por esta instituição. O Estado aqui é apresentado como ente moderno que surge como necessário, diante da exigência de proteção do bem comum em determinado território contra interesses fragmentários internos e ameaças externas. Ao final do capítulo é apresentado brevemente o institucionalismo francês de Hauriou e Gurvitch, demonstrando como a teoria de Romano também pode ser situada historicamente em determinado contexto científico em que outros autores tentavam dialogar o tema acerca da existência ou não de um vínculo essencial entre os conceitos de Estado e direito.

No **capítulo II** se inicia a discussão específica da concepção institucionalista do direito em Santi Romano. A teoria geral do autor é apresentada, ou seja, aquela parte de seus escritos que não versam sobre problemas específicos do direito de seu tempo, mas que esboçam uma teoria geral aplicável a qualquer direito, de qualquer tempo e espaço. As três facetas da teoria geral de Romano (instituição, pluralidade dos ordenamentos jurídicos e necessidade) são aqui situadas.

No **capítulo III** apresenta-se a visão concreta e histórica de Romano acerca do Estado, seu papel e sua crise no contexto em que vivia o autor. Não se trata, portanto, de uma análise atemporal do Estado, que se situe em uma teoria geral do direito, mas de um exercício concreto de compreender o Estado conforme ele surgia diante do autor naquele momento. Sobretudo a crise do Estado conforme o discurso feito em Pisa, em 1909, será objeto de análise, porque ele permite intuições valiosas para a conclusão da presente tese.

No **capítulo IV** introduz-se a questão da emergência do pluralismo jurídico em espaços transnacionais na contemporaneidade. Primeiro é proposto um debate acerca da crise da soberania do Estado sobretudo a partir das últimas décadas do século XX, demonstrando que, diferentemente da época de Romano,

não são mais ameaças internas que agredem o edifício estatal, mas instituições externas, que já funcionam para além da lógica moderna de tempo e espaço, já conseguem se mover segundo fluxos em espaços transnacionais. Várias destas instituições possuem poder sobre a realidade econômica planetária, condicionando diretamente a vida dos Estados e seus cidadãos. Entre a crise da soberania estatal e o poder destas instituições surgem espaços transnacionais que, se não ordenados pelo Estado, o serão por tais entidades, com seus próprios ordenamentos jurídicos, ainda que não reconhecidos pelo Estado. Neste capítulo final a teoria de Romano é recuperada e atualizada para as transformações em ato, verificando como a teoria geral do autor pode ser aplicada a tal pluralismo jurídico em espaços transnacionais e como a visão concreta do autor acerca da crise do Estado moderno pode oferecer contribuições para se entender as crises atuais.

As **considerações finais** encerram o trabalho apresentando um panorama geral do assunto, evidenciando todos os vínculos entre os vários temas levantados, enfatizando os modos em como a teoria de Romano ainda pode ser atualizada e servir de ponto de partida para compreensão das transformações em ato, sobretudo no que se refere à emergência de um pluralismo jurídico em espaços transnacionais.

A compreensão da realidade contemporânea passa antes por uma análise segundo o princípio da realidade de Romano, de que o conceito deve se adequar à realidade e não o contrário. Para além das lentes ideológicas é preciso compreender o dinamismo atual com a emergência de ordenamentos jurídicos que escapam à lógica moderna de produção do direito.

CAPÍTULO 1

ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS PARA COMPREENSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO E DO INSTITUCIONALISMO

1.1 DA NATUREZA SOCIAL E PLURIRRELACIONAL DO HOMEM

Neste primeiro capítulo são oferecidos elementos essenciais para a efetiva introdução ao assunto do argumento institucionalista de Santi Romano. Para compreensão de uma abordagem que visa abranger a pluralidade dos ordenamentos jurídicos, transcendendo a limitação de conceber somente o Estado como produtor do direito, antes é necessário verificar alguns fundamentos que originam este debate entre o monismo e o pluralismo jurídico. De um lado uma visão que reduz todo o fenômeno jurídico ao Estado como fonte, de modo que somente o Estado pode produzir regras jurídicas, e tais regras ou normas seriam a verdadeira natureza do direito. Assim, estudar o direito seria nada mais que estudar as regras criadas pelo Estado. De outro uma visão pluralista enraizada na dimensão institucionalista, que entende o direito enquanto instituição, de modo que não há como existir sociedade sem direito, pois cada sociedade consiste justamente no ordenamento de seus diversos membros a um fim comum. Este ordenamento dos diversos elementos que integram uma sociedade é, em si mesmo, já direito.

Esta tese baseia-se na visão de Santi Romano quanto ao direito, mas neste primeiro capítulo são apresentados argumentos que preparam o terreno para uma compreensão mais efetiva do pensamento do jurista italiano. Se para Romano, como se verá, o direito está intimamente vinculado à natureza social do homem, antes é preciso acompanhar algumas reflexões acerca da relação entre natureza social do homem e o pluralismo jurídico.

Aristóteles definiu o homem como *'zoonpolitikon'*. O homem é o animal que se interessa pelas questões da polis, pela vida comunitária. É da própria natureza humana nascer e viver no contexto das relações mútuas com os demais humanos. Aquele que consegue viver sozinho, totalmente afastado da vida

comunitária, só poderia ser um deus ou uma besta.¹⁸

Também Platão estrutura a sua cidade ideal na República a partir da premissa de que o ser humano é essencialmente um ser de relação com os demais. Ninguém é capaz de realizar todas as funções para garantir a própria sobrevivência e bem-estar, daí a necessidade de distribuição de tarefas a partir da comunidade.¹⁹

Esta visão do homem como ser gregário, naturalmente tendente a conviver com os semelhantes foi a tônica da maior parte dos autores clássicos (greco-romanos e medievais).

As ciências naturais contemporâneas situam o ser humano como animal sociável, tal como as abelhas, formigas, algumas espécies de crustáceos e de vários outros grupos mamíferos, entre eles os chimpanzés. Assim como estas espécies o homem vive coletivamente, com preocupação mútua pelo bem-estar dos demais, divisão dos trabalhos, entre outras atribuições que buscam garantir a ordem naquele grupo social.²⁰

Entretanto, a sociabilidade humana é qualitativamente distinta da sociabilidade de qualquer outro grupo animal.

Diferente de todos os animais, ou outras formas de existências conhecidas, o homem se distingue por capacidade multirrelacional. Uma árvore, um macaco têm poucos pólos de relação; o homem parece ser múltiplo, em um certo sentido indefinível, como capacidade de relação, inteligência, linguagem: fala é comunicante, é mediação de comunicação - recebe a informação e pode aumentá-la, diminuí-la ou modificá-la.²¹

Meneghetti acentua que os demais animais parecem condicionados a terem apenas pólos restritos de relação. Os grupos animais são repetitivos, parecem viver sempre da mesma forma, apenas variando diante da inserção de algum elemento externo que provoca reações naquele grupo. Uma colmeia de abelhas apenas executa aquelas informações que já estão inseridas em sua genética,

¹⁸ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

¹⁹ PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

²⁰ SACCO, Rodolfo. **Il diritto muto**. Bologna: Mulino, 2015.

²¹ MENEGHETTI, Antonio. **Crise das democracias contemporâneas**. Recanto Maestro: Ed. Ontopsicologica, 2006. p. 72

permitindo que reproduzam a colônia e sobrevivam a espécie. Esta história natural apenas se modifica quando outros animais, como o homem, passam a interagir com a colmeia, atacando-a, por exemplo.²² O autor prossegue:

Esse ente sociável se verifica como uma polaridade de infinitas abordagens, também diferentes do seu mundo. Não se consegue compreender o homem sem o dado intrínseco de causalidade à relação múltipla. Portanto, a sociedade não é consequente à família, às necessidades primárias, à lógica de raça ou espécie: o homem é sociável porque intrinsecamente é uma exceção inteligente plurirrelacional para outras inteligências. Por isso, é um ente sociável racional. [...] Enquanto os animais e as plantas têm uma relação unívoca pela própria sobrevivência, o homem é um relacional múltiplo do significado e da significância em vários contextos²³.

Enquanto a lógica animal não ultrapassa a da própria sobrevivência, o homem é capaz de transcendê-la. O ser humano age para sobreviver quando se alimenta, quando descansa, quando trata seus ferimentos, mas também se dedica a estudar técnicas inovadoras de culinária, mais refinadas, uma refeição que não se limita a preencher o vazio orgânico, mas a saciar a necessidade de refinamento estético. Se é verdade que também a música tem sua conotação biológica, pois em parte tenta agradar, atrair a atenção do outro de sua espécie, por outro é exercício intelectual, esforço de abrir a inteligência transcendente que se encontra latente em cada sujeito.²⁴

É por isto que os animais que vivem coletivamente apenas obtêm aumento de força, de garantia de maior segurança física. Já o homem, ao viver em grupo, não cresce apenas em força, mas em criatividade, em possibilidade de aproveitamento da própria inteligência. O chimpanzé que recém nascera apenas usufruirá a evolução natural de sua espécie, as infinitas modificações genéticas que

²² “O homem é intrínseco, enquanto multirrelacional, ao significado, à significância: sabe se pôr contemporaneamente em escuta, mas sabe também ser protagonista de significado, de significância. Tudo nele é dialógico. Isso significa que não se pode entender o ser humano se não se compreende intrinsecamente a relação ‘a’, não somente como sexo ou biológico que tem a relação conatural com o ecoambiente, mas exatamente como expressão de comunicação formal e formalizante em diversas direções, contextos, modos. Por isso, é um variável aberto de recepção e de comunicação de sentido, de significado”. MENEGHETTI, Antonio. **Crise das democracias contemporâneas**. p. 73.

²³ MENEGHETTI, Antonio. **Crise das democracias contemporâneas**. p. 74

²⁴ A psicanálise tende a enfatizar que a arte é sublimação da libido. Aceita-se esta tese, talvez seja correto dizer que a energia que produz a arte nasce como energia erótica. No entanto, não se reduz a libido. Se assim fosse bastaria o ser humano abordar o indivíduo por qual se sente atraído, tal como fazem os demais animais em geral. A arte em parte é aplicação da energia da libido, mas em outra é enaltecimento da racionalidade humana, da potencialidade intelectual da espécie.

seus antepassados promoveram por meio de milênios de vivências. Já o indivíduo humano poderá usufruir não apenas da evolução genética da espécie, mas da música, dos computadores, dos carros, da ciência, das religiões, etc.²⁵ Enfim, assim que toma consciência de si o sujeito humano pode aproveitar os benefícios que sua espécie criou antes dele existir²⁶.

Mas também somente a espécie humana é capaz de regredir. Basta uma bomba atômica para reduzir toda uma enorme civilização a ruínas. Quando se analisa a arquitetura romana, a técnica renascentista e se compara com a maioria dos edifícios atuais é difícil dizer que houve evolução. Já Pico Della Mirandola, em sua famosa oração dedicada à dignidade do homem colocava nas bocas de Deus, falando a Adão, sua obra-prima, que somente o homem não estava restrito aos limites naturais impostos aos outros animais. O homem é capaz de elevar-se acima dos anjos, mas também de regredir abaixo das feras. O homem é relação inteligente, e de acordo com o significado e significância que dá a seus atos é capaz de promover evolução ou regressão.²⁷

É por isto que toda sociedade humana não se esgota na biologia. As regras que estruturam a vida comunitária das abelhas são naturais, apenas biológicas, sem conotação moral, religiosa. Já mesmo as comunidades humanas mais primitivas se organizam com base em regras claras, ainda que não escritas, transmitidas por gerações. E não são regras vazias de significado, mas capazes de coligar aquele povo às ideias que norteiam suas concepções religiosas, morais, econômicas, culturais em geral. Em cada sociedade humana há uma organização simbólica, que dá significado e significância às regras que explicam as relações

²⁵ Reflexões acerca do papel existencial da ciência e da tecnologia podem ser encontradas no fecundo pensamento de Álvaro Vieira Pinto. PINTO, Álvaro Vieira. **Ciência e Existência**. São Paulo: Paz e Terra, 1979; PINTO, Álvaro Viera. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

²⁶ “O indivíduo se desenvolve como civilização, técnica, ciência, filosofia, conhecimento, portanto também como capacidade de conquista; exprime-se e evidencia-se como evolução em ato rápida, no momento. Da mesma forma tem a possibilidade de regressão imediata. De acordo como ele estrutura as relações de significado e significância, faz a relação, e se dá consequentemente o produto: evolução ou regressão”. MENEGHETTI, Antonio. **Crise das democracias contemporâneas**. . 75.

²⁷ SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. Também *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora da UnB, 1983.

intersubjetivas dentro daquele grupo social.²⁸

Com isto já se pode adiantar muito do que será explorado neste trabalho. O homem é plurirrelacional e inteligente, no sentido de que estabelece relações capazes de produzir significado e significância com seus semelhantes, e tais relações são variadas. A relação social no núcleo familiar é distinta daquela entre agentes comerciais, bem como entre membros de partidos políticos, entre o cidadão e seus governantes, etc. Mesmo dentro da família não há como reduzir a uma mesma relação aquela entre o marido e a esposa e aquela entre os pais e os filhos. E inclusive cada sociedade familiar oferece um modo próprio de relações internas. Cada família é uma sociedade, com suas relações de significado e significância, com sua organização social simbólica, não necessariamente codificada textualmente, mas certamente perceptível nas regras que estabelecem o horário de almoço, o que se pode e o que não se pode comer, quem tem preferência sobre o uso da televisão, a distribuição de tarefas da limpeza, etc. Em determinadas famílias cada membro não estar em casa no horário da refeição é visto como normal ou mesmo aprovável, pois indica que a pessoa está empenhada em afazeres externos. Em outras a ausência no almoço de domingo é visto como falta grave, capaz de provocar abalos nas relações sociais internas.

Já na modernidade, talvez ninguém melhor que Hegel tenha compreendido esta dinâmica. Hegel, com sua dialética do reconhecimento, entenderá que a consciência precisa sair de si e reconhecer o outro como a si mesma, e que tal processo de reconhecimento se encontraria na base da formação de qualquer instituição jurídica e política, da família ao Estado, passando pelo mercado.²⁹

Hegel substituiu o amor pela luta/conflito³⁰, portanto não se trata de exigir das pessoas o amor, o sentimento genuíno pela humanidade, mas apenas um

²⁸ SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**.

²⁹ Diversos autores tentam atualizar a formulação hegeliana para os dias atuais. Entre eles cita-se Honneth. HONNETH, Axel. **A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

³⁰ O reconhecimento sempre foi um dos pilares da filosofia hegeliana, desde sua juventude. No entanto, nos primeiros textos o filósofo pensava ser o amor em sua acepção cristã suficiente para mediar o reconhecimento entre os indivíduos. Ao ingressar na maturidade de sua carreira o autor

sentimento de respeito mútuo pelo outro, de reconhecimento de seu valor e humanidade, de entender que o outro é igual a ele mesmo, então ambos membros de um mesmo projeto social maior.

O que se coloca em questão é se uma consciência que não reconhece o outro pode reconhecer a si mesma. Como afirmava Hegel, reconhecimento é necessariamente mútuo. Ser pessoa implica em ser reconhecido por outros como pessoa, da mesma forma que ser proprietário de um bem implica em reconhecer o outro também como proprietário de um bem. Não há real dicotomia entre direitos e deveres. Exercer o direito responsabiliza o sujeito no dever de respeitar o direito alheio.³¹

Em Hegel a sociabilidade parece fato natural ou ao menos indispensável ao ser humano. É da condição humana buscar o outro. O ser humano não apenas vive, mas convive. A crise contemporânea de convivência, explicada parcialmente pelo excesso de egoísmo (narcisista) põe em debate uma crise ainda mais profunda, que se relaciona com a própria natureza humana. Para Hegel o homem é um ser desejante, e deseja reconhecer o outro e originar as instituições porque assim pode externalizar sua liberdade no mundo, desenvolver suas potencialidades.³²

Para Hegel as instituições políticas e jurídicas surgem da relação dialética de reconhecimento entre os indivíduos membros de cada comunidade. É do processo de reconhecimento do Eu no outro que emanam a família, as instituições da sociedade civil, como o mercado, o Estado, e as normas jurídicas como um todo.

passa a substituir o amor pela luta, entendendo que o envolvimento direito pode agregar mais reconhecimento que o amor cristão. Na Fenomenologia do Espírito isto se torna paradigmático na célebre dialética entre o senhor e o servo. HEGEL, G. W. F. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.; HYPOLITE, Jean. **Gênese e Estrutura da Fenomenologia do Espírito de Hegel**. 19 ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999. Genèse et structure de la Phénoménologie de l'esprit de Hegel.

³¹ HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

³² SOARES, Josemar Sidinei. **Consciência de si e Reconhecimento na Filosofia do Direito**. Tese (Doutorado em Filosofia) Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

A comunidade ordenada é aquela em que os interesses individuais estão em harmonia com as necessidades coletivas, gerando o bem comum, benefícios universais aos membros envolvidos. Para Hegel este seria o sistema da vida ética, da eticidade.³³

Na eticidade as relações intersubjetivas superam a dicotomia subjetivo-objetivo e se tornam querer e saber da própria consciência de si, ou seja, as leis éticas se tornam uma segunda natureza, de tal forma que viver conforme as instituições de sua Sociedade e Estado não são uma forma de abuso, mas o reflexo da própria vontade.

Cada regulamentação jurídica nasce da necessidade de ordenar determinada relação, seja entre sujeitos, seja entre sujeitos e coisas. É o momento, portanto, de repensar o direito de matriz individualista, conforme preconizou a ideologia liberal-moderna, pois o fundamento da norma não parece ser o indivíduo isolado, atômico, inexistente na realidade natural, mas a relação entre dois ou mais pólos. Sendo o ser humano naturalmente sociável o direito regulamentaria sua relação com os demais e com os objetos em geral, sob o prisma do bem comum, daquilo que é universalmente benéfico para todos.

O ser humano, portanto, é um animal capaz de se organizar socialmente de inúmeras formas. O mesmo indivíduo pode integrar inúmeras sociedades (família, empresa, partido político, associação esportiva, etc.), cada uma com suas regras próprias, com suas relações de significado e significância.

O pluralismo, dessa forma, parece natural ao homem, condição inseparável de sua existência, e permanece vivo mesmo em Estados sempre mais centralizadores, como em geral são os Estados modernos. Hoje a liberdade familiar como produção de regras é menor que de séculos ou mesmo décadas atrás, pois do direito das sucessões à vigilância da integridade física da criança e do adolescente, o Estado vem criando inúmeras legislações capazes de interferir na vida intrafamiliar. Ainda assim, não elimina o fato de que as famílias continuam regulamentando a si mesmas, se com mais ou menos liberdade não importa, pois enquanto existirem

³³ Ver HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Loyola, 2010.

serão capazes de criar as regras que condicionam a vida dentro dos limites de seu mundo.

Também o Estado, ainda que entendido em acepção meramente jusnormativa, depende primeiramente da natureza social do homem, pois as normas abstratas formuladas para regulamentar o corpo de cidadãos não é a razão de vínculo entre os cidadãos, mas um instrumento para organização de uma dada Sociedade já construída historicamente, culturalmente, socialmente. Primeiro determinadas pessoas passam a conviver e seguir certas regras, costumes, e apenas depois tais regras passam a se tornar mais complexas e abstratas. Em algumas Sociedades o nível de complexidade alcança patamares tão elevados que requer-se a instituição do Estado.³⁴ Mas tal instituição, como lembra Sacco, não é obrigatória nem presente na maioria das Sociedades humanas.

O contrato social e em geral a maior parte das doutrinas políticas modernas, partem do pressuposto que o homem existe primeiramente enquanto indivíduo e só depois enquanto ser político e intersubjetivo. Mas esta visão não resiste à realidade. O homem é, desde o nascimento, um ser social.

Também León Duguit lembra que a ideia de indivíduo atomizado não existe na realidade e não pode ser comprovada empiricamente por nenhum método.³⁵

Qual outra espécie do reino animal necessita tantos anos de

³⁴ “A instituição estatal justifica-se, pois, pelo fato de que em uma determinada etapa da divisão do trabalho e do intercâmbio social a certeza de sentido e de execução do direito tornam-se necessárias ao Estado. Do mesmo modo que o aumento do tráfego urbano até um certo grau reclama uma regulação do mesmo, e inclusive órgãos de polícia de tráfego, assim também o desenvolvimento da civilização torna precisa uma organização estatal cada vez mais diferenciada para o estabelecimento, aplicação e execução do direito. A instituição do Estado aparece, deste modo, justificada pelo fato de ser uma organização de segurança jurídica, e só por isso.” HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 267. Fundamental a ênfase na expressão ‘segurança jurídica’, pois o Estado é a instituição que põe as regras concebidas pela sociedade, bem como as regras que permitem a alteração das anteriores, ou seja, cria as condições jurídicas para que as forças internas possam agir sem recorrer aos meios violentos. Se há regras que explicam o funcionamento interno daquela sociedade haverá também a estipulação dos meios de modificar tais regras, não aceitando que determinados grupos tentem impor suas vontades por violência física, bem como se defina limites mínimos de proteção à sociedade em geral. A instituição do Estado (prevalecendo sobre outras instituições sociais, como a família, as corporações, etc.) parece ser resultado da progressiva complexificação das sociedades modernas.

³⁵ DUGUIT, Leon. **Souveraineté et liberté**: leçons faites à l’Université Columbia, New York 1920-21. Paris: Librairie Alcan, 1922.

acompanhamento adulto para sobreviver? A maioria das espécies depois de poucos dias ou meses escapam do convívio familiar e passam a viver isoladamente (ou formam seus próprios bandos com outros singulares da espécie). Já o ser humano deixado sozinho na natureza não sobreviveria mais que pouquíssimos dias, pois sozinho é incapaz de se alimentar e resistir às dificuldades impostas pela natureza. O ser humano é, desde o início, dependente de outro ser humano.

Não é apenas o conceito de Estado que deriva da natureza social do homem, mas também o de comunidade, de nação³⁶, de povo, de tribo, de família, e, pode-se alargar, ao de qualquer instituição moderna, como a empresa e os partidos políticos. O fundamento das instituições e da vida comunitária (incluindo o Estado) está na natureza social do ser humano.³⁷

Com isso não se pretende dizer que o homem é primeiramente um ser coletivo e só depois individual. É evidente que cada ser humano existe em si mesmo. O que busca-se enfatizar é que o ser humano é um ente relacional, que vive a partir de relações intersubjetivas. Isto é bastante diferente de afirmar que o coletivo é superior ao indivíduo. Mesmo o livre mercado, instituição que consagra a necessidade egoísta (no sentido positivo de buscar a própria satisfação e felicidade)

³⁶ Ver *The Ethnic Origins of Nations*, de Anthony Smith, na qual o autor demonstra que nenhuma ideia de nação, de Estado-nacional, seria possível sem antes uma ideia de etnia, de herança coletiva comum que dá fundamento à construção nacional. SMITH, Anthony. **The Ethnic Origins of Nations**. Gloucester: Blackwell, 2002.

³⁷ Contribui neste ponto acrescentar o argumento de Heller, demonstrando que o Estado expressa sempre a realidade social e cultural de seu povo, justificando assim a precedência da Sociedade em relação ao Estado: “O Estado, porém, não pode ser concebido nem como sociedade nem como comunidade exclusivamente. A sua lei decisiva de formação é certamente a organização; pois não só por meio dela cresce consideravelmente o seu valor de efetividade social, mas sem ela não tem, em geral, existência. Mas, por outra parte, não deve ser considerada em nenhum caso como mero produto da técnica organizadora, como acontece na sociedade anônima; o indivíduo aparece sempre inserido no Estado, voluntária e involuntariamente, segundo zonas vitalmente importantes do seu ser. A organização da sociedade anônima pode ser completamente independente da maneira de ser dos acionistas. Em compensação, a organização estatal penetra profundamente na vida pessoal do homem formando assim o seu ser, ao mesmo tempo em que, por seu lado, os membros influem decisivamente sobre ela. Por isso dizemos que o Estado é uma forma organizada de vida cuja Constituição se caracteriza, não só pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas ainda pela conduta não normada, embora normalizada, dos mesmos”. **HELLER, Hermann. Teoria do Estado**. p. 297. Nas sociedades anônimas é possível que suas culturas e atividades apresentem estilos totalmente diversos à personalidade dos seus acionistas, pois não necessariamente há vínculo direto entre eles. Tal cisão existencial é impossível no Estado, pois este ao mesmo tempo em que imprime o modo de viver aos indivíduos recebe destes as condutas que tendem a ser normalizadas e normatizadas futuramente. O Estado expressa a sociedade e a sociedade expressa o Estado, embora sejam conceitos distintos.

do homem, depende das relações intersubjetivas para ser efetivado.³⁸

Há a natureza individual de cada pessoa, mas tal natureza já é constituída como aberta às múltiplas e infinitas relações intersubjetivas com o mundo.

Ser cidadão na polis grega, e mesmo na República romana, não era apenas ser detentor de direitos e deveres, tal como se observa na maioria das democracias contemporâneas. O cidadão grego tinha direito a votar, a ser eleito, a discutir as grandes questões públicas nas assembleias, sendo que daí a exigência do desenvolvimento da oratória e da arte retórica, tão importantes e popularizadas pelos sofistas na antiguidade. Mas por outro lado era ele quem deveria buscar as armas e defender a Polis nos tempos de guerra, que naquele período, eram frequentes, pois a forma de poder e construir hegemonia sobre determinado local era, em grande parte, estruturado sobre o poder bélico. Se a Polis era a cidade dos homens livres, como Ésquilo gosta de enaltecer em *Os Persas*, distinguindo-a do império na qual o monarca exerce total poder sobre o povo, como era comum na maioria das antigas civilizações orientais, isto significava que de fato a Polis era o organismo que resultava da harmonia entre os diversos agentes que a integravam. O cidadão grego não via a Polis como uma instituição externa, lançada sobre ele de forma opressora, mas como uma extensão de seu próprio corpo. A doença da Polis era a doença do cidadão. A saúde da Polis era a saúde do cidadão, conforme apresentado pela *República* de Platão. Os atenienses clássicos, ao menos aqueles da época dourada que se inicia com Péricles, sabiam que a luta pela Liberdade exigia também elevada carga de responsabilidade.³⁹

É certo, portanto, que o Estado origina-se da natureza social, intersubjetiva, do homem. Mas também a família, a corporação medieval, as ordens

³⁸ Hegel introduz o conceito de *Mitglied*, do indivíduo como membro da comunidade, no sentido de desta realidade integrar a própria condição humana. HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

³⁹ FINLEY, Moses. **La democrazia degli antichi e dei moderni**. Roma: Laterza, 2010. Ver também a Paideia de Jaeger. JAEGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

de cavalarias, as sociedades empresárias contemporâneas, as tribos, clãs, e mesmo as organizações criminosas, nascem da natureza social do homem. Todas estas instituições sociais, de modo consciente ou não, carregam a ideia de que o homem é um ser social, que deseja conviver com o outro para assim realizar determinado fim comum. A vida em Sociedade permite alcançar resultados de bem-estar superiores àqueles disponibilizados ao indivíduo atomizado (que até pode ser teorizado, mas dificilmente constatado empiricamente).

De onde surge, então, o poder do Estado? Observa-se que defender que o homem sempre tenderá ao pluralismo em decorrência de sua própria natureza não significa recusar que o Estado tenha exercido ou exerça um papel bastante especial na história das civilizações humanas. A defesa do pluralismo não importa em recusa do protagonismo do Estado, mas apenas na recusa de conceber somente o Estado como fenômeno jurídico.

1.1.1 Nota sobre a posição do Estado

A opção pelo Estado (que conduz a um poder sempre mais concentrado em torno desta instituição), seguindo a teoria de Heller, parece ser consequência da própria história moderna ocidental, pois em determinados territórios conviviam diversas etnias, culturas religiosas e inclusive de línguas distintas, e que ainda precisavam se defender militarmente de agrupamentos humanos externos. É o caso, por exemplo, da reunião sob a mesma bandeira a diversidade de povos, línguas e culturas que conviviam no mesmo espaço onde hoje é a Espanha, a França ou a Itália.⁴⁰ O Estado, dessa forma, surgiu como opção viável e inteligente para tentar

⁴⁰ Adverte Habermas, acerca do caráter muitas vezes violento da expansão nacional, no sentido de que um Estado-nacional muitas vezes é o resultado da imposição política e militar de uma etnia ou povo sobre outros, que passam a adotar os costumes e ideais daquele que prevaleceu: “A concepção republicana naturalmente não exclui que comunidades étnicas possam conferir-se uma constituição democrática e possam se estabelecer como Estados soberanos, na medida em que essa independência se legitime a partir do direito individual de cada cidadão a viver em liberdade, de acordo com as leis. Porém, via de regra, os Estados nacionais não se desenvolvem de modo pacífico, a partir de etnias individuais, que vivem de forma isolada. Com muito maior frequência eles se expandem para regiões, tribos, subculturas e comunidades linguísticas e religiosas vizinhas. Os novos Estados nacionais surgem geralmente à custa de ‘povos inferiores’ assimilados, oprimidos ou marginalizados. A formação de Estados nacionais sob o signo do etnonacionalismo foi quase sempre

resolver tal problemática concreta e histórica.⁴¹

O Estado, para Heller, é uma unidade de vontade e de ação, resultante da pluralidade de vontades e não subordinada a nenhuma outra unidade política decisória superior. Assim, sempre que se fala em soberania do Estado, se vincula, de alguma forma, a soberania do povo. A unificação das vontades se dá pelo princípio majoritário e pela representação, meios técnicos que possibilitam ao povo, como unidade, dominar ao povo como pluralidade, permitindo, assim, que o povo seja o sujeito da soberania.⁴²

O Estado é a unidade na pluralidade de atores e forças em determinado território, no sentido de que dá forma e ordem às divergências internas, às contradições que permeiam a pluralidade real na vida moderna. Sem o Estado há inúmeras instituições disputando por espaço na vida social, com o Estado há a possibilidade da totalidade de indivíduos, ainda que de realidades distintas, dialogarem tendo em vista o bem comum. É a unidade que ordena a pluralidade de atores.

Como se verá no presente trabalho, a posição de Romano não é de oposição ao Estado. Romano é também um filósofo de seu tempo, um pensador que vê no Estado a mais completa das instituições, a única, talvez, capaz de harmonizar os diversos interesses fragmentados que permeiam os indivíduos que vivem em seu espaço. Romano apenas argumenta no sentido de recusar a visão jurídica de que apenas o Estado é capaz de produzir direito, como se existisse um cordão umbilical entre os conceitos de direito e Estado. Para Romano o direito é anterior ao Estado e é um dado da sociedade, da natureza social do homem. Ou seja, é lógico defender, com base em Romano, determinada supremacia do Estado sobre as outras instituições, o que não é lógico é defender que somente o Estado possa produzir direito, e de que sem Estado não há direito. Este esclarecimento é fundamental, pois

acompanhada de sangrentos rituais de limpeza e sempre submeteu novas minorias a novas repressões". HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie. p. 168.

⁴¹ Para maiores aprofundamentos ver SMITH, Anthony. **The Ethnic Origins of Nations**. Wiley-Blackwell: Oxford, 1991.

⁴² BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont ' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.p. 337.

por si só já dissipa diversos desentendimentos tão comuns nas leituras mais superficiais acerca do jurista italiano.

Dito que a natureza humana seria plurirrelacional é consequencial que o pluralismo seria mais coerente enquanto doutrina jurídica do que aquela que defende que apenas uma instituição fosse capaz de produzir direito. Sendo assim, é preciso verificar se na história concreta, real, há passagens de existência de tal pluralismo jurídico.

No que se refere à história do direito certamente o período mais rico para se explorar enquanto fenômeno de pluralismo jurídico seria o medieval, em que diversos ordenamentos coexistiam nos mesmos espaços territoriais, sendo aplicados ou não conforme diversas regras, muitas delas consuetudinárias. Não havia ainda a supremacia do poder estatal como instituição das instituições, de modo que a vida religiosa era regulamentada pela Igreja, a vida comercial a partir das próprias práticas dos comerciantes naquilo que seria o germe do direito comercial, e assim por diante. Havia complexo mosaico de ordenamentos que se entrecruzavam.⁴³

Esta experiência, no entanto, não prevaleceu, e pouco a pouco o pluralismo jurídico medieval foi cedendo espaço a um monismo sempre mais centralizador, que corresponde justamente ao surgimento e desenvolvimento da instituição moderna do Estado. Tal passagem foi tanto histórica, fática, como intelectual, mediada por conceitos filosóficos da época.

No tópico atual se demonstrou que a ascensão do Estado não era, necessariamente, contrária ao pluralismo, por entender que existir vários ordenamentos jurídicos não é igual a compreender que nem todos eles possuem a mesma força de regulamentar a vida social. O protagonismo estatal não seria incoerente com o pluralismo jurídico, tal como não o é dentro da teoria de Romano, que será visto nos próximos capítulos.

No entanto, o avanço da modernidade foi conduzindo também a não somente protagonismo do Estado, mas a uma tentativa de eliminar o poder

⁴³ Ver GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 2001.

regulamentador das outras esferas sociais, visando reunir no Estado toda a faculdade de ordenar a vida. Este projeto de exclusivismo do Estado enquanto produtor do direito é contrário ao pluralismo jurídico, e é esta acepção que se analisa no próximo tópico.

1.2 A CONCEPÇÃO MONISTA-ESTATALISTA DE DIREITO

Neste momento são apresentadas algumas bases teóricas da concepção que tenta reduzir todo o direito à esfera estatal. Este percurso é importante, porque é contra esta tendência moderna do pensamento jurídico que Santi Romano desfere suas críticas, como se verá no momento apropriado. O Estado não conquistou seu espaço como instituição quase definitiva da modernidade, acima das demais, sejam indivíduos ou corpos intermediários, sem um processo de lutas e revoluções políticas combinada com justificativas jusfilosóficas de seu tempo.

Entre tais teorias que defendem a supremacia estatal existem aquelas que remontam à abordagem jusfilosófica do contrato social, que em síntese a sociedade e o Estado são resultados de decisões voluntárias dos indivíduos. Estes, visando algum bem superior específico, aceitam abrir mão de algumas faculdades em prol de uma convivência superior no meio social.

Hobbes, Locke e Rousseau podem discordar de qual seja a natureza humana, mas concordam que é no indivíduo que está o fundamento do Estado. É o indivíduo que abre mão de parte da liberdade para contratar junto aos demais a criação de uma instituição maior que ele e que o protegerá.⁴⁴ Para Locke o Estado

⁴⁴ Para aprofundamentos verificar as próprias obras dos filósofos modernos clássicos, sobretudo Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant. HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974; LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997. Rousseau será abordado mais adiante. Para uma atualização do contratualismo ao século XX ver a obra de John Rawls. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Valmireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. Para uma crítica ainda moderna a este modelo ver o pensamento jusfilosófico de Georg W. F. Hegel. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832- 1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel; ROSENFELD, Denis.

será necessário na medida em que deve existir a administração da justiça capaz de resolver as lides interindividuais, sobretudo aquelas envolvendo a propriedade privada, já Rousseau pautará o discurso no conceito de vontade geral, como expressão da vontade de todos, da unidade popular e que gera benefícios a todos, independente de facções internas. Talvez o mais incisivo dos três, Hobbes apresenta o ser humano como naturalmente violento e egoísta, tendente ao extermínio do outro, sendo daí indispensável a figura soberana do monarca capaz de garantir a paz social. Os três, contudo, concordam que o poder deve ser transferido de baixo para cima, e então na área superior (estatal) as regulamentações jurídicas devem ser estabelecidas.

Ou seja, a Sociedade é uma pluralidade constituída a partir da multiplicidade de unidades. Tais teorias foram decisivas ao influenciar os ordenamentos jurídicos modernos, como justificativas intelectuais para defender a necessidade de supremacia do interesse estatal sobre os interesses dos indivíduos e dos corpos intermediários (famílias, associações profissionais, religiosas, etc.). Ou seja, em um período de intensas transformações, que mais e mais viam os poderes se concentrarem nas mãos de um governo centralizado, buscou-se a argumentação intelectual que sustentasse tal movimento de concentração de poderes na instituição do Estado como superiora e guardadora dos interesses de todos.

Importante recordar que a ideia de que o interesse estatal deva prevalecer sobre os interesses parciais não encontra, necessariamente, resistência em Romano. O problema reside na defesa de que somente o Estado pode regulamentar a vida social.

Confrontada com a antropologia e a história das civilizações a teoria do contrato social não parece resistir. O espartano, o ateniense, o antigo egípcio, inca, bem como os integrantes de tribos consideradas primitivas ainda existentes não se submetem às determinações comunitárias porque estaria implícito um pacto social, mas porque enquanto membros de uma comunidade reconhecem aquelas regras.

Historicamente falando a ascensão do Estado moderno e a construção

do seu monopólio na produção do direito se inicia com a passagem da Idade Média para a modernidade, quando os líderes políticos e militares passam a tentar concentrar em si mesmos o poder sobre diversas áreas da vida que antes eram dispersas no meio social. É neste período, por exemplo, que os autores começam a discutir de modo mais direto a relação entre direito e religião, se o Estado deveria ser laico ou definir uma religião oficial. A intromissão do político no religioso depois se alargaria para as demais esferas da vida social.

Esta passagem é descrita tanto por Grossi⁴⁵ como por Hespanha, e eclodirá na Revolução Francesa, que verá pela primeira vez a concentração quase que exclusiva na esfera estatal da produção do direito, vez que tanto o Poder Legislativo como o Judiciário passarão a ser membros do Estado, vinculados diretamente à máquina estatal.⁴⁶

Paolo Grossi inicia a narrativa da transição do mundo político medieval para o moderno com o celebrado século XIII, século humanista, da aurora renascentista, século de Dante, Petrarca, Giotto. É também o século manchado por incessantes guerras, conflitos políticos pelas epidemias da peste negra que tanta dor causaram ao povo europeu. É no século XIII que a cosmovisão medieval, condicionada pelo tomismo, começa a ceder espaço a novas ideologias, novas concepções envolvendo o homem, o mundo.⁴⁷ Talvez o período do humanismo-

⁴⁵ GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 2001; HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Florianópolis: Boiteux, 2005.

⁴⁶ Este argumento encontra-se bastante aprofundado em SACCO, Rodolfo. *Antopologia Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. Também sugere-se a leitura de alguns autores germânicos contemporâneos ao iluminismo francês, que, céticos quanto à possibilidade de um legislador criar um direito perfeito para todos os povos, somente com a faculdade da racionalidade, defendiam que o direito deveria ser produzido a partir do material histórico fornecido por cada povo. Trata-se da célebre escola histórica do direito, que depois influenciaria movimentos ainda mais radicais como a Escola do Direito Livre. O pensamento de Eugen Ehrlich talvez seja a síntese de todo este movimento: EHRLICH, Eugen. **Fundamentos de Sociologia do Direito**. Brasília: Editora da UnB, 1967.

⁴⁷ "O sujeito medieval, interpretado com fidelidade e pontualidade por Tomás de Aquino, é um homem inteligente, identificado sobretudo na sua dimensão racional, munido sobretudo do conhecimento, que o projeta para fora de si, com um gesto de humildade psicológica em direção ao real circundante, que o insere no real e o rende também em qualquer modo tributário do real. O homem novo, que serão prevalentemente a filosofia e a teologia franciscana a desenhar, é individuado em um sujeito que ama e deseja, um sujeito que entre as muitas dimensões psicológicas aponta para a mais autônoma, sempre mais auto-referencial - a vontade - para encontrar uma identidade mas também uma cifra vencedora. Tudo parece sujeitivar-se e resolver-se ao interno do sujeito, que afirma o seu destaque ontológico do mundo e reclama a própria liberdade sobre o mundo". GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. p. 69-70. Ou seja, no mundo medieval prevalece o homem situado numa lógica

renascentista, que vai do século XIII até final do XVI seja o ápice da cultura medieval, mas certamente também é o alvorecer de uma nova cultura, sempre mais próxima daquilo que será a modernidade política, social e jurídica.

A crise estrutural do trecento foi a ocasião de oportunidade histórica que permitiu a renovação de uma consciência coletiva, de uma nova visão do papel do homem no mundo cósmico e na sociedade. A renovação é acima de tudo antropológica: à antropologia reicêntrica medieval se deve substituir uma antropocêntrica, e é próprio o movimento que filosofias e teologias voluntarísticas começam a propugnar a partir do século XIV. O direito, em perfeita coerência, virá mais tarde, mas se nutrirá e se impregnará daquelas novas visões.⁴⁸

Portanto, a crise estrutural, seja no âmbito sociopolítico seja naquele epistemológico do *trecento* será o momento de transição para um protagonismo cada vez mais evidente das filosofias e teologias voluntarísticas, que partem da premissa de que a vontade humana pode e deve se sobrepor à realidade circundante. Trata-se de uma visão antropocêntrica que ganhará sempre mais força e que eclodirá nas várias tendências racionalizantes da modernidade, de Descartes e Spinoza a Hegel, de Bacon e Hume ao empirismo científico anti-metafísico do círculo vienense.

É uma visão voluntarística porque partirá menos da coisa, do mundo que sustenta a existência humana, e sempre mais da vontade subjetiva do indivíduo.

Com isto não se defende que o mundo medieval fosse inteiramente ordenado e ausente de imperfeições, mas que apresentava determinada cosmovisão que permitia certo grau de humildade do ser humano diante da realidade cósmica. O homem era protagonista no sentido de que a teologia cristã o anuncia como obra prima de Deus, mas ainda assim uma parte dentro de uma lógica maior, uma parte

maior, se não se percebe desvinculado da totalidade cósmica, dentro de uma cosmovisão católica. No entanto, a passagem para a modernidade perceberá sempre mais a emergência deste sujeito individual, que centrado em si passa a reclamar sempre mais a própria autonomia diante do mundo. Para Grossi o franciscanismo teria sido influência determinante para esta transição, o que de certa forma parece corroborado pelos estudos de Alexandre Koyré acerca do nascimento da ciência moderna, muito baseada nas pesquisas empíricas conduzidas por teólogos franciscanos nos seios das universidades, e também por Michel Villey, que destaca o papel do positivismo franciscano na hermenêutica bíblica como pontapé inicial para o positivismo jurídico moderno. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; KOYRÉ, Alexandre. **Estudos de história do pensamento científico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

⁴⁸ GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. p. 71-72.

importante, mas que deve entender e tentar viver em coerência com esta totalidade. Já o sujeito moderno é o sujeito solipsista que se auto-evoca o direito e a faculdade de entender plenamente o mundo e, por isto, teria a competência para auto-ordenação, sem necessidade de submissão à qualquer ordem exterior. É evidente, no entanto, que tal processo será lento, exigirá séculos de lutas internas, muitas vezes sangrentas, porque envolverá o combate entre diversas ideologias, instituições.

Metaforicamente pode-se dizer que o primeiro sujeito a conquistar voluntaristicamente sua autonomia diante do poder eclesiástico da Igreja de Roma é o príncipe, o monarca, mais especificamente o monarca francês⁴⁹, que desde o século XIV inicia seu avanço na concentração dos poderes em torno de si, destacando-se das limitações impostas pela Igreja, ao menos no que tange questões temporais, mundanas.⁵⁰

⁴⁹ A narrativa aqui se limitará ao espectro continental europeu, pois o mundo insular britânico apresentará desenvolvimento único. A common law inglesa pouco se assemelha ao ius commune continental. A primeira é direito de técnicos, profissionais práticos do direito, a segunda produto intelectual de eruditos universitários estudiosos do direito romano justiniano. A common law é sobretudo direito processual, com os remédios jurídicos sendo fornecidos pelo caso concreto. É direito da sabedoria técnico-jurídica encontrada a cada caso. E os técnicos jurídicos são os profissionais formados nas Inns, centros de preparação profissional ao mundo jurídico. O fundamento dos costumes no continente era outro, os juristas precisariam responder ao caso concreto recorrendo ao direito escrito na natureza das coisas, este manifestados nos costumes repetidos pelo povo. Portanto, o jurista continental detinha consideravelmente menos poder criativo que o jurista britânico. E esta tradição britânica persistirá pelos séculos seguintes, ignorando as transformações provocadas pelas revoluções continentais. O direito britânico nunca chegará a conhecer o culto à lei, idolatria do legislador.

⁵⁰ “É com Felipe o Belo (1285-1314), um cavaleiro entre dois séculos, que o rei parece se desvencilhar de qualquer hesitação, iniciando uma política corajosa nos limites da temeridade. É uma prova clara do conflito que o contrapõe a Bonifácio VII, um pontífice que ainda no início do século novo, sem desejar perceber o sentido da história, persiste a conclamar o primado do poder papal seja no campo espiritual que no temporal. É próprio no ano 1302, quando Bonifácio reafirmava solenemente na bula Unam sanctum os seus projetos anti-históricos teocráticos, que Felipe convocava uma amplíssima assembleia de prelados, barões e deputados das cidades, das quais extraía o reconhecimento da sua soberania (agora não é mais incorreto usar um termo tão forte): supremacia absoluta do rei sobre o plano temporal, seja em relação aos feudatários laicos que àqueles eclesiásticos, esses recebiam os seus feudos diretamente dele, que, ao contrário, havia recebido de Deus mesmo o governo do reino”. GROSSI, Paolo. **L’Ordine Giuridico Medievale**. p. 75. Acrescenta-se que discussões teóricas acerca da divisão entre poder espiritual e temporal, sendo o primeiro da esfera papal e o segundo do monarca, já era alimentada há algumas décadas, mas em geral vinculada à questão envolvendo o Papa de Roma e o Sacro Imperador Romano-Germânico, como é o caso da famosa obra *Da Monarchia*, de Dante, ou mesmo dos escolásticos da faculdade de Direito de Bologna. A novidade no cenário francês é que está a se falar de um monarca até então tido como inferior hierarquicamente seja ao papa, seja ao chefe maior do império considerado herdeiro do antigo Império Romano.

Felipe o Belo reclama para si, apoiado por nobres e políticos de sua terra, o poder de regulamentar as questões temporais no território francês, deixando para o papado o direito de seguir interferindo nas questões espirituais. Daí surgem as célebres *Ordennances*, que tanto influenciariam também o direito português e espanhol. Isto não significa, contudo, que os costumes tenham perdido sua força, já que estes continuaram sendo determinantes nos regramentos da vida social, apenas sendo desbancados com a Revolução de 1789 e posterior processo de codificação feito por Napoleão, o primeiro legislador com poderes quase absolutos.

Isto porque os monarcas franceses do período considerado 'absolutista' deixaram a cargo da vida social o direito de regulamentar a si mesma em diversas esferas, reconhecendo a autoridade histórica e tradicional dos costumes como verdadeiro direito. Em paralelo as ordenações editadas dos reis afetavam questões específicas do reino. Não sem razão o famoso autor Jean Bodin dizia que em sua época haviam dois espaços jurídicos sendo ocupados, um pela 'lei', outro pelo 'direito'. O primeiro era composto pelos comandos potestativos, autoritários, dos monarcas, já os segundos eram resultado do processo histórico e mundano da vida social, eram os costumes cujas regras emanavam de baixo para cima, diretamente das coisas.⁵¹

Importante esclarecer, de antemão, que ainda não se pode falar totalmente de um 'estado moderno' no período absolutista da monarquia francesa, e sim maior concentração de poderes para a esfera do próprio monarca, que pouco a pouco vai concentrando em si também a faculdade legislativa, na forma das ordenações. O Estado enquanto máquina, sistema burocrático de regras e poderes que age quase que por si mesmo, tal como apresentado por Weber, ainda demoraria certo tempo para ser consolidado. No entanto, é na concentração de poderes nas mãos do monarca que tal processo se inicia. O monarca francês é o primeiro sujeito moderno, indivíduo liberado dos ditames clericais, capaz de voluntaristicamente ordenar a si mesmo.

⁵¹ BODIN, Jean. *I sei libri dello Stato*. Torino: UTET, 1988.

E este é um processo contínuo. A transformação do direito medieval ao moderno, segundo Grossi, seria deterministicamente influenciado por quatro movimentos históricos e intelectuais definidos, nascentes no *trecento*: a) o humanismo literário e filosófico; b) as reformas religiosas; c) o espírito pré-capitalista; d) a ascensão das metodologias naturalistas da matemática e da astronomia como modelos a serem seguidos por todos os cientistas, incluindo os juristas.

Do humanismo retém-se o papel do 'homem novo', intelectualmente mais livre e amante da ciência total. O humanista é o intelectual que, ainda que respeitando a doutrina da Igreja, é apaixonado pesquisador das contribuições antigas de gregos, romanos, egípcios e outros povos, sobretudo a partir do influxo sempre maior de recuperações de tais textos a partir das traduções oriundas do mundo bizantino. A redescoberta do antigo é aqui processo de novidade, de transformação social, pois mais que enaltecer o mundo medieval é abertura de passagem a novo mundo.⁵² O humanista é o sujeito que, amando toda a humanidade, confia sempre mais no próprio potencial de conhecer, agir e transformar o mundo. E é este espírito que cria as raízes que darão sustentação ao mundo moderno, sempre mais baseado no indivíduo que na comunidade. O humanista é sobretudo o gênio artístico, o herói celebrado, ou seja, o sujeito que deve ser enaltificado e seguido como modelo de vida. Enquanto nas hagiografias medievais as vidas dos santos eram celebradas como dedicações e sacrifícios a Deus e aos projetos da Igreja, os gênios humanistas são celebrados por suas contribuições intelectuais, descobertas científicas, obras de arte, ou seja, por suas realizações pessoais. Com isto não se ignora que o humanismo renascentista tenha criado certamente uma das culturas mais sofisticadas e meritórias do espírito humano, verdadeira raridade na história das civilizações. O que se aborda aqui é que, em paralelo a isto, ela abre estrada para o individualismo moderno e seus reflexos no mundo jurídico.

⁵² Vasta pesquisa bibliográfica acerca da passagem da Idade Média para o Renascimento e sua relação com o mundo jurídico é realizada por Santos. SANTOS, Rafael Padilha dos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Regulador da Economia no Espaço Transnacional**: uma proposta de Economia Humanista. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015.

O papel decisivo ocupado pelas reformas religiosas neste processo, de Lutero a Calvino, é a construção de um novo cenário em que o indivíduo, agora livre das amarras papais, pode dialogar diretamente com Deus, sem a necessidade da intermediação da Igreja. Portanto, oposta à ideia comunitária do direito cristão, evidentemente católico, da Idade Média, com os reformadores religiosos reforça-se a imagem do indivíduo isolado, autônomo, capaz de em si e por si se comunicar com a esfera espiritual. Não se discute aqui as reais intenções dos reformadores, nem mesmo os conteúdos promovidos, nem sequer debate religioso entre catolicismo e protestantismo, mas apenas ressalta-se que tais reformas foram decisivas no percurso de liberação do indivíduo inclusive no espaço religioso. Mesmo os países que seguiram prevalentemente católicos, foram direta ou indiretamente influenciados por esta nova cultura religiosa, mais individualista e menos dependente das estruturas eclesiásticas.

Acrescenta-se ainda a questão de que, em muitos casos, tais reformas foram abraçadas por monarcas desejanter de se separarem do poder romano, adotando as novas religiões como oficiais de Estado. Isto forçou também os reinos ainda católicos a também oficializarem a religião de Roma como a única permitida em seu território.⁵³

Acerca do espírito pré-capitalista basta lembrar a diferença substancial de abordagem ao dinheiro encontrada no comerciante moderno para aquele medieval. Este último comercializava, mas tinha como horizonte final o metafísico conforme doutrinado pela Igreja, com suas proibições de cobrança de juros, regras que regulamentavam o preço justo, ênfase no risco do enriquecimento como vício para a própria alma e, portanto, verdadeiro perigo de perda da salvação eterna. Já o novo

⁵³ O período de transição da Idade Média para a moderna foi palco de série de experiências e cosmovisões diversas. Malandrino, em obra recente, por exemplo, utiliza o pensamento de Althusius para lembrar que já naquele período haviam autores que recusavam o princípio de concentração de poder nas mãos do Estado, preferindo defender determinado modelo proto-federalista, que confere legitimação às comunidades inferiores. “La sussidiarietà, vista dal basso, si configura come legittimazione delle capacità di autogoverno delle comunità inferiori per ciò che riguarda le funzioni locali e proprie. Dal punto di vista di queste comunità, l'intervento dei livelli istituzionali superiori deve qualificarsi come sostegno in tutto ciò che, pur essendo di natura locale, può comportare sforzi che esse da sole non sono in grado di realizzare completamente o può richiedere un coordinamento necessario con altre realtà locali”. MALANDRINO, Corrado. **Johannes Althusius (1563-1638)**: Teoria e prassi di un ordine politico e civile riformato nella prima modernità. Torino: Claudiana, 2016. p. 121.

comerciante é cobiçoso, influenciado pelo espírito aventureiro humanista e pelo individualismo das reformas protestantes, não percebe mais o lucro como um mal em si, perigo para a própria alma. Daí ao surgimento do cenário que fornece material à famosa tese de Weber não se exige muito, com novas correntes religiosas surgindo e dando sustentação intelectual para a riqueza como graça, como eleição de Deus para acesso ao mundo dos céus. Não se pode negar, entretanto, que conexo a esta nova cultura capitalista surge o comerciante individualista, focado primariamente no ganho pessoal. Este tipo de comércio, tão deplorado pela doutrina católica medieval, será sempre mais e mais a tônica do comércio moderno.⁵⁴

Por fim, o naturalismo científico, com seus evidentes ganhos práticos tal como demonstrados por intelectuais como Descartes, Galileu, Pascal, entre outros, tão baseados na certeza experimental, na confiança dos resultados obtidos, diferente do subjetivismo que permearia os estudos humanistas e jurídicos, passa a ocupar o centro dos modelos de pesquisadores científicos. O intelectual moderno modelo não será o teólogo medieval, nem mesmo o artista renascentista, mas o pesquisador naturalista, o matemático, o astrônomo, com suas observações meticulosas e cálculos demonstrativos. Este naturalismo, talvez supremacia das ciências naturais, influenciará o direito moderno na emergência de um novo jusnaturalismo, agora racionalista e matematizante, bem diverso daquele jusnaturalismo teológico dos medievais.

O jusnaturalismo moderno é aquele que se pretende científico, que busca identificar as leis eternas do cosmos, as regras que estariam escritas nas próprias coisas e poderiam ser deduzidas intelectualmente pelo pesquisador, seja nos raciocínios abstratos, seja na empiria instrumental. É o caso de Spinoza, de Grotius, de Hobbes, de toda a cultura juraracionalista moderna.

Observa-se como se já está distante daquela cultura jurídica medieval em que as regras eram definidas a partir das próprias pessoas e instituições envolvidas. O direito natural moderno é essencialmente abstrato, é produto das observações e

⁵⁴ Para aprofundamentos ver Oscar Nuccio e Francesco Galgano. NUCCIO, Oscar. **Diritto Naturale e Razionalità Economica**: studi sulle origini medievali dello 'spirito capitalistico'. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1989; NUCCIO, Oscar. **Il pensiero economico italiano**. 4v. Cagliari: Galizzi, 1984-1987; GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2010.

reflexões intelectuais de estudiosos, raramente compartilhadas ideologicamente pela opinião popular do homem comum. O intelectual europeu moderno está menos preocupado com as tradições, com os costumes, com aquelas regras que o povo vê como sensatas, e sempre mais com as precisões intelectuais, com as leis eternas do próprio mundo, geometricamente escritas na linguagem cientificista.

Este jusracionalismo forneceria o conteúdo do novo direito que eclode das revoluções, sobretudo a Francesa, com sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Ou seja, é o jusracionalismo que concebe a existência de direitos a priori como provenientes da própria natureza, de tal forma que cabe ao legislador apenas reconhecê-los como existentes. A longa marcha de construção conceitual dos direitos humanos também se insere nesta problemática. O que deve ser constatado aqui, no entanto, é que a defesa dos direitos individuais e sociais como direitos naturais à condição humana, independente de participação nacional, étnica, institucional, resultam principalmente do movimento jusracionalista moderno. E neste ponto o direito já se encontra muito distante do estágio em que se situava na arena medieval, em que os direitos eram produtos históricos dos próprios meios sociais e nunca elaborações intelectuais a partir de filosofias abstratas. Não se trata de defender um modelo ou outro, mas constatar a transição histórica.

Hoje vê-se a prevalência do juspositivismo, que entende não existirem direitos naturais em si mesmos, e que todos os direitos são imposições estatais. No entanto, mesmo na mecânica juspositivista contemporânea os principais direitos dos ordenamentos nacionais, sobretudo no Ocidente, também entendidos como direitos fundamentais, são em geral aqueles direitos que a história intelectual considera como direitos inerentes a todo ser humano. Não é interesse do argumento da presente tese explorar esta questão, tal assunto foi trazido apenas como aceno ao movimento histórico que fez o pluralismo jurídico medieval perder espaço para um direito sempre mais centralizado na figura do Estado. E esta centralização certamente se conclui na forma do positivismo jurídico, que entende não existir direito fora aquele imposto pelo Estado.⁵⁵

⁵⁵ Acerca do positivismo jurídico ver a recomendada obra de Bobbio. BOBBIO, Norberto. ○

Para Kelsen as regras de direito são formuladas como juízos hipotéticos em que certas conseqüências (efeitos) são vinculadas a determinadas condições (causas), isto é, liga-se a um fato ocorrido (causa/condição) um efeito que lhe é conseqüente (efeito/conseqüência). A diferença entre a regra da natureza e a do direito está na forma de conexão entre causa e efeito, pois enquanto a regra de natureza estabelece: “se A é, B é (ou será)” a regra de direito dispõe: “se A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”⁵⁶. Então, a ciência jurídica descreve a legitimidade para a oposição de um ato coercitivo como conseqüência a uma conduta violadora da obrigação estatuída pela ordem jurídica, compromissada com o caráter normativo da descrição, o que é denominado por Kelsen de imputação.

O ato coercitivo de que trata a regra de direito é a sanção, e quem sofre a sanção praticou um ato antijurídico, um delito. Há, pois, duas modalidades de atos coercitivos: **a)** um é aquele estabelecido na regra de direito, sendo *permitido*; **b)** o outro é aquele praticado em frontal violação à norma jurídica, sendo *proibido*. Este é o caráter jurídico havido no direito estatal. Para Kelsen somente o Estado teria condições de proceder neste complexo mecanismo de subsunção e hierarquia de normas, daí que somente o Estado seria capaz de produzir direito.⁵⁷

O positivismo jurídico, em suas diversas correntes, sobretudo a kelseniana, parte da ideia de que o Estado é uma entidade abstrata para resolver os vínculos normativos a partir de indivíduos atomizados, conforme argumenta Heller:

Se a unidade do Estado só nos fosse dada realmente ‘pela ciência jurídica’ (Kelsen, Staatsbegriff, p. 8), seria evidentemente inconcebível como realidade. A união normativa interindividual que se dá na ordem jurídica entre vontades individuais que na realidade estão dissociadas, não basta para explicar a existência do Estado. A unificação volitiva, em virtude da qual nasce no indivíduo a vontade eficaz para o coletivo, produz-se, sobretudo, como um processo de ordenação e acomodação dentro de cada indivíduo, que se vê pressionado em cada momento pela conveniência social e em quem a educação de numerosas gerações gerou o estado habitual de uma

positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 87.

⁵⁷ Não é do interesse da tese aqui esboçar a teoria geral do direito e do Estado em Kelsen. Para maiores aprofundamentos recorrer à vasta obra de Kelsen.

consciência de nós mais ou menos clara e firme.⁵⁸

A argumentação meramente jurídica de justificação do Estado e sua normatividade é insuficiente, pois a obediência dos indivíduos às normas impostas pelo Estado não se pode explicar recorrendo apenas a termos jurídicos. O fato de o indivíduo harmonizar-se com os demais e aceitar viver conforme regras sociais mais ou menos claras e estabelecidas está intimamente vinculada à educação de gerações visando a formação de um indivíduo socializado e compenetrado nos meios sociais. Não é simplesmente por ser regra obrigatória que o indivíduo obedece ao Estado, mas por ser educado socialmente a se adaptar às normas sociais, inclusive aquelas emanadas pelo Estado. De certa forma a educação das instituições intermediárias, como família, escola, sociedade civil, entre outras, prepara a consciência individual para aceitar a submissão ao poder estatal.⁵⁹

Interessa notar que, mesmo na modernidade, presenciam-se autores que intuíram a dificuldade de se implementar um projeto monista voltado somente à produção estatalista do direito. Por exemplo, inclusive um autor que seguiu esta tendência, como Rousseau, que via na Vontade Geral a única autoridade legítima de produção jurídica, percebeu a ameaça constante das associações parciais, capazes de quebrar o sistema monista.

Rousseau ainda que baseie sua teoria política na ideia de vontade geral, vontade única de um povo, constata a existência das associações parciais, que promovem determinada intensidade de pluralismo nas relações dentro de cada sociedade.

Para Rousseau apenas a vontade geral pode dirigir o Estado para o bem comum, impondo padrões iguais para todos, rechaçando a predileção por interesses particulares. A vontade geral consiste no que há de comum em todas as vontades individuais, naquele ponto de concordância que dá coesão à sociedade, tendo por

⁵⁸ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original : Staatslehre. p. 279.

⁵⁹ A obra 'Microfísica do Poder', de Michel Foucault, auxilia neste entendimento. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

objeto o interesse comum. Explica Rousseau⁶⁰:

A primeira e a mais importante consequência dos princípios até aqui estabelecidos é que somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em consonância com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum; porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que as tornou possível. O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse qualquer ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, unicamente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada⁶¹.

Rousseau diferencia a “vontade de todos” (*volonté de tous*) da “vontade geral” (*volonté générale*). A vontade de todos se prende ao interesse particular, tratando-se de um cálculo pelo qual opera-se a soma das vontades particulares. A vontade geral, por sua vez, volta-se ao interesse comum. Por esta razão, o interesse da maioria não equivale ao interesse comum.

A vontade geral pode ser alcançada mediante deliberação pública. Deve-se ponderar que, para Rousseau, o termo “deliberação” tem um equivalente muito mais preciso no significado de “escolha”, sem envolver discussão ou debate de idéias. A deliberação pública que remete à vontade geral, no entanto, não pode representar mero cálculo aritmético de uma votação, sendo exigido, antes, que os cidadãos adotem determinada postura ao votar, como adverte Rousseau⁶²:

Se, quando o povo suficientemente informado delibera, os cidadãos não tivessem nenhuma comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa.⁶³

⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. p. 17.

⁶¹ “La première et la plus importante conséquence des principes ci-devant établis, est que la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun; car, si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible. C'est ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts qui forme le lien social; et s'il n'y avait pas quelque point dans lequel tous les intérêts s'accordent, nulle société ne saurait exister. Or, c'est uniquement sur cet intérêt commun que la société doit être gouvernée.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. p. 17.

⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. p. 21.

⁶³ “Si, quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n'avaient aucune communication entre eux, du grand nombre de petites différences résulterait toujours la volonté générale, et la délibération serait toujours bonne.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. p. 21.

Então, para apurar a vontade geral é determinante a atitude do cidadão ao votar, isto é, este deve posicionar-se conscientemente de que o interesse comum lhe é favorável, que a vida em sociedade é deveras vantajosa e, pautado neste compromisso com o bem comum, subtraído de todo interesse particular, proferir seu voto. Portanto, a vontade geral surge considerando que o interesse comum se forma por oposição ao interesse particular de cada um e, outrossim, que todo cidadão traz subjacente em sua consciência a vontade geral, podendo exprimi-la. Esclarece Rousseau⁶⁴:

Neste sentido, para generalizar a vontade é menos importante o número de votos que o interesse comum que os une, pois, nessa instituição, cada um se submete necessariamente às condições que impõe aos outros;⁶⁵

Resulta daí que a vontade geral deve exprimir-se pelo consenso coletivo, razão por que só pode atender aos interesses comuns em questões gerais. Em tudo que for particular, perde sua própria razão de ser, não sendo correto querer que a vontade geral se pronuncie sobre um fato particular ou um homem, até mesmo porque um ato de soberania jamais pode onerar ou beneficiar alguém em particular, apenas todos, em concerto.

Segundo Rousseau⁶⁶, a vontade geral jamais erra, sempre tendendo à utilidade pública. Já as deliberações do povo podem resultar em erro, quando o povo é enganado, desejando então o que é mau ao votar. Na ordem de raciocínio de Rousseau, o povo deseja o que é mau na deliberação quando vota pautado em um interesse particular, sem compromisso com o bem comum.

Cometer tal erro torna-se mais comum quando existem associações parciais, quando se estabelecem facções, em que “a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação a seus membros e particular em relação ao Estado.”⁶⁷ Emerge então uma problemática, pois quanto mais associações parciais, as diferenças tornam-se menos numerosas, e mais corroborado e impositivo torna-

⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. p. 19.

⁶⁵ “On doit concevoir par là que ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix que l'intérêt commun qui les unit; car, dans cette institution, chacun se soumet nécessairement aux conditions qu'il impose aux autres;”

⁶⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. p. 19.

⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**. p. 19.

se o interesse particular. Aqui expressa-se bem o contraste entre a “vontade de todos” e a “vontade geral”.⁶⁸

Por isso, conclui-se que, seguindo Rousseau, para alcançar o verdadeiro enunciado da vontade geral, não deve existir no Estado associações parciais e cada cidadão deve opinar apenas de acordo consigo mesmo. Havendo sociedades parciais, as mesmas devem ser multiplicadas em número e suficientemente equilibradas em força para que as diferenças entre si possam assemelhar-se o mais próximo possível com o que ocorre com os indivíduos.⁶⁹

Deste modo, o interesse comum não é apenas a soma dos interesses particulares, mas o interesse de todos e de cada um enquanto cidadão compromissado com o bem comum.

Ora, o que se depreende é a dificuldade de se estabelecer a possibilidade de concretização da vontade geral, pois sendo o ser humano naturalmente tendente a ser plurirrelacional, a manter várias relações sociais distintas, é condicionante que nem sempre tais relações sejam harmônicas ou complementares. O que é útil a um partido político, empresa, associação, família, interesses privados em geral, não necessariamente é útil a outros grupos ou à própria sociedade como um todo.

O caminho inverso, de propagar as associações parciais, poderia ser uma forma de neutralizar os efeitos privados, como se da tensão entre elas surgisse a tendência à harmonia comunitária.

Ou seja, sendo inviável a tentativa de anular as associações parciais parece que o único caminho possível é a da pedagogia das mesmas, um tipo de cultura das sociedades internas ao Estado a serem responsáveis também perante ao bem comum. A satisfação dos interesses privados pode ser fomentada também como forma de promoção do bem comum. Em outros termos, os corpos intermediários, associações parciais que existem no interior de qualquer sociedade moderna, devem responsabilizar a si mesmos a não serem funcionais somente aos

⁶⁸ BACZKO, Bronislaw. **Rousseau**: solitude et communauté. Paris: École Pratique des Hautes Études, 1974. p. 25.

⁶⁹ PHILONENKO, Alexis. **Jean-Jacques Rousseau et la pensée du malheur**: le traité du mal. Paris: Vrin, 1984.

seus membros internos, mas também ao mundo exterior. É de se lembrar que nenhuma sociedade é completamente isolada das demais, pois sua própria razão de ser está também na distinção entre 'nós' e 'eles', entre quem está dentro e quem está fora. No entanto, cada instituição, cada corpo intermediário, depende também das relações com as demais instituições para prosperar. Uma sociedade anônima existe não apenas para distribuir lucros aos seus acionistas, mas também para servir produtos à sociedade como um todo, por exemplo. Ou seja, a democracia, para ser efetivada, depende hoje ainda mais de uma nova pedagogia das instituições a serem responsáveis também perante o bem comum. É importante buscar os interesses privados, mas tais interesses, para serem satisfeitos, dependem também do bem-estar coletivo, universal, pois a queda da sociedade maior representaria a queda também das associações parciais.

Com isto demonstra-se, de modo exemplificativo, que mesmo autores que foram decisivos na criação e sistematização do conceito de Estado precisaram lidar com o dado empírico do pluralismo que permeia as relações sociais. Tentar, pela força, submeter a realidade à ideia de um monismo absoluto seria, para Romano, criar mitologia jurídica, conceito que será explicado em outro momento do presente estudo, mas que também influenciaria decisivamente o pensamento de Grossi, conforme demonstrado na sequência. Por isto o exemplo também de Rousseau, de como o monismo se enquadra em um tipo de ficção jurídica.

Diante disto cabe aprofundar um pouco mais o que seja o pluralismo jurídico e a razão do monismo ser uma mitologia jurídica, e por isto estar sucumbindo diante das transformações atuais. A ficção, ainda que lógica, não resiste aos movimentos da necessidade social.

1.2 A CONCEPÇÃO PLURALISTA DE DIREITO: ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

A ideia de pluralidade de atores, de pluralidade de relações sociais e de intersubjetividades humanas está na raiz da maioria das argumentações de pluralismo jurídico, que em geral defendem que o direito transcende o monismo

estatal, podendo ser observado em diversas instâncias da existência humana. Os direitos de organizações religiosas, como é o caso do direito canônico da Igreja Católica, os direitos consuetudinários de tantos povos ainda dispersos pelo mundo, os direitos elaborados dentro das organizações empresariais, o novo direito comercial transnacional oriundo de contratos privados entre multinacionais, são exemplos de elaborações de normas e regras, escritas ou não, que disciplinam a conduta de atores individuais e coletivos no mundo. Salienda Wolkmer:

Obviamente, o pluralismo engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática da pluralidade no direito. Ora, o pluralismo no direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o direito, abrindo espaço para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários. Sem adentrar em uma discussão sobre as variantes de pluralismo jurídico, seja do paradigma 'desde cima', transnacional e globalizado, seja do modelo 'desde baixo', das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, importa sublinhar a proposição de um constitucionalismo pluralista, comunitário e intercultural. Daí a aproximação e integração entre constituição e pluralismo democrático, projetando a perspectiva de um novo Estado de Direito. De uma constituição que consagre e reafirme o pluralismo como um de seus princípios basilares, prescrevendo não só um modelo de Estado pluridimensional, mas, sobretudo, como projeto para uma sociedade intercultural.⁷⁰

A modernidade monopolizou toda a produção e aplicação jurídica na instituição do Estado, simplificando a complexidade da vida social, pois ignora a realidade social como sendo de natureza pluralista. O monismo estatal hoje é atacado tanto de cima como de baixo. De cima pelas forças transnacionais e globalistas, que defendem a realidade supranacional e supraestatal, no sentido de que o Estado-Nação já não consegue ser eficiente como regulamentador das relações cada vez mais difusas e transnacionais no século XXI. Os que atacam o monismo estatal de cima citam o comércio internacional, o meio ambiente, a proteção aos direitos humanos e o combate ao crime organizado como exemplos de matérias em que o Estado-Nação parece incapaz de conferir soluções eficazes. Já

⁷⁰ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 21.

os que atacam o monismo estatal de baixo alertam para o fato de que monismo simplificou a realidade social, padronizando as relações sociais, econômicas e jurídicas apenas no viés liberal-burguês, marginalizando parcelas consideráveis da Sociedade a não se verem refletidas na realidade estatal.

É necessário salientar que o pluralismo jurídico é compatível com a ideia de supremacia da Constituição, pois reconhecer a diversidade de ordenamentos jurídicos, conforme o entendimento de Santi Romano, não significa, necessariamente, ser contrário à submissão à Constituição como unidade que ordena a pluralidade. A Constituição não é apenas expressão da realidade estatal, mas da própria Sociedade, sendo assim a própria Constituição tem poder para reconhecer a pluralidade de instâncias que permeiam a diversidade social, conferindo a esta diversidade a competência para regulamentarem a si mesmas. O reconhecimento destas realidades no interno da Constituição permitiria inclusive a criação de métodos de resolução de conflitos entre tais instâncias. A Constituição, documento oficial que integra e harmoniza as reivindicações das várias camadas sociais, poderia se tornar a pedra fundamental da qual emanam diversos ordenamentos jurídicos dentro da própria nação.

Dessa forma assinala Perez Luño:

[...] nossa ordem axiológica constitucional, responde a uma estrutura aberta e dinâmica, corolária do pluralismo político, consagrado também em nossa Lei das leis como o valor superior do ordenamento jurídico. Nosso estatuto de direitos e liberdades se faz, desse modo, fundado em uma ordem pluralista, combinada com uma sociedade aberta. Esta estrutura pluralista é a que legitima os representantes parlamentares para uma concretização e desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais, de acordo com as aspirações sociais manifestadas pelas maiorias. De igual modo, o próprio processo hermenêutico constitucional atua com um leitor aberto às distintas exigências e alternativas práticas ou melhor, como uma instância crítica capaz de 'ponderar os bens', a fim de resolver e canalizar os conflitos que podem dar-se entre os diversos valores e interesses tutelados pela normativa constitucional.⁷¹

A Constituição, sobretudo em sua visão pós-Segunda Guerra Mundial,

⁷¹ LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado). p. 23-24.

oferece um amplo leque de direitos fundamentais, valores e interesses, que muitas vezes entram em conflito, pois emanam das divergências sociais, ideológicas, políticas e econômicas que caracterizam as Sociedades cada vez mais pluralistas. É difícil compatibilizar um pensamento constitucional que pretende ser aberto à pluralidade fática com a visão monista e purista que marca a tradição positivista kelseniana. Ou seja, de um lado a própria ordem constitucional parece cada vez mais reconhecer a pluralidade das Sociedades contemporâneas, e por outro a mesma ordem constitucional apresenta dificuldades para harmonizar os vários interesses conflitantes.

O direito moderno e liberal encontra sérias dificuldades para lidar com o pluralismo, tendo em vista que reduz quase todas as dialéticas sociais àquela Indivíduo-Estado, ignorando as instituições intermediárias. O ser humano é indivíduo, mas também é membro de diversos grupos sociais, além do Estado. Um dos grandes desafios para a Ciência Jurídica contemporânea é justamente conseguir abarcar a pluralidade de relações humanas em um ordenamento ou conjunto de ordenamentos jurídicos em harmonia.

Paolo Grossi manifesta sua desconfiança sobre a relação entre direito e justiça. Na perspectiva positivista, o direito compõe-se de leis, as quais são impostas pelos que possuem o poder político; tais leis são acolhidas e consideradas justas pela sociedade, por razão de terem sido impostas pelo detentor do poder soberano.⁷² Grossi afirma que “o direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior.” Esta visão moderna é distorcida pois a lei deve representar a leitura da realidade, e seu conteúdo deve ter maior importância do que o sujeito que a emana.⁷³

No período medieval o poder político não pretendia controlar a sociedade, havia uma certa liberdade de expressão e desenvolvimento entre as diferentes dimensões comunitárias onde os indivíduos encontravam-se inseridos. O direito da época nasceu e desenvolveu-se não como criação de um ente maior, mas como

⁷² GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2.ed. rev. E atual. / 2.ed.rev. e atual / Paulo Grossi; tradução de Arno Dal Ri Júnior – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p.23-24.

⁷³ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p.32-33.

uma necessidade de relacionamento.⁷⁴ Portanto, o direito já existia antes do poder político, ele era fundamentado nos costumes e nas relações sociais e dava base para toda a estrutura social.⁷⁵

Grossi refere-se ao monarca, ou rei, do período medieval, como “o príncipe.” Para o autor, o príncipe não produzia direito na idade medieval, ele não era um legislador, apenas em casos especiais. O príncipe basicamente reconhecia aquilo que os costumes e a moral de seu tempo entendiam como lei. No decorrer do processo histórico que leva à idade moderna, o príncipe começou a ditar o direito baseado em suas vontades, como evidenciou-se, por exemplo, nas monarquias absolutistas da França, impondo normas autoritárias e consagrando-se como poder soberano e absoluto. Ele passou a combater todas as manifestações pluralistas originárias de direito. Também começou a legislar em questões que historicamente não lhe pertenciam, como questões comerciais e religiosas.⁷⁶ Tais acontecimentos resultaram na manifestação dos indivíduos que queriam se libertar deste sistema monárquico absolutista.⁷⁷ Paulatinamente transcendeu-se de um sistema absolutista monárquico para um sistema cada vez mais republicano, democrático, o qual tinha

⁷⁴ Acrescenta-se a visão de Paolo Grossi acerca das dimensões social e coletiva como decorrência da própria natureza social humana: Dimensão social significa colher o sujeito como criatura relacional, nas suas relações com os outros, relações que limitam o possível arbítrio e, ao mesmo tempo, o enriquecem, o integram. Dimensão social significa também que o sujeito não pode ser colhido unicamente como titular de direitos além da medida de seu egocentrismo (como é feito na modernidade), mas também de precisos deveres, inelimináveis consequências da sua recuperada (e para ele salvante) socialidade. Dimensão coletiva deseja dizer algo a mais, isto é, que os vínculos sociais não são desarticulados e, então, desorgânicos, mas que permanecem coligados entre si, dando vida a formações que potencializam as vidas singulares dos sujeitos partícipes das coligações: religiosas (e eis a confraternidade), econômicas (eis as corporações profissionais), laborativas (e eis os sindicatos) políticas (e eis os partidos políticos)”. GROSSI, Paolo. **Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno**. Genova: Marietti, 2015. p. 56.

⁷⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p.27-30.

⁷⁶ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p.27-30.

⁷⁶ Afirma Sacco: —A partir de certa data (digamos: a partir da Revolução Francesa), o Estado assumiu o poder de criar direito em todos os setores; de modo geral, ele negou ou reduziu a competência nesse âmbito das organizações territoriais menores. Esse Estado (cuja forma caricatural coincide com a República jacobina) não reconhece poder originário ao ordenamento internacional, não o reconhece aos ordenamentos religiosos, nem às entidades territoriais menores, nem às corporações de ofício. O direito é criado totalmente pelo Estado. SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 88.

⁷⁷ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p.34-37. Para facilitar o entendimento desta passagem sugere-se a leitura das obras de Maquiavel e Hobbes. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 2. ed. tradução: Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972 e HOBBS, T. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

como objetivo garantir a liberdade de todos por meio da regulamentação de leis.⁷⁸ Nota-se que, com o passar do tempo, foi-se deixando o sistema pluralista para traz substituindo-o por um sistema monístico de produção de direito. Primeiramente o monarca tornou-se a única fonte de juridicidade, seguido depois pelo Estado. Essa passagem para o monismo jurídico trouxe consigo a politização e formalização do direito.⁷⁹

Existe a necessidade de recuperar o conceito do direito como um ordenamento jurídico pluralista, ou seja, recuperar a sua complexidade. O modelo simplista criado na era moderna, reduz o ordenamento apenas à normas, desconsiderando os movimentos sociais que acontecem fora do que as normas podem abranger. O direito não nasce do poder e do Estado, mas sim da sociedade como um todo. Por essa razão, o direito moderno se vê falho ao encarar as manifestações da sociedade, pois estas devem ser inerentes à ela e dela é que provem o direito.⁸⁰

Ordenamento deriva de ordem, de organização; traz a ideia de que a ordem é uma realidade de aceitação das pluralidades; portanto é uma realidade complexa. No entanto, essa definição é anulada pela noção de positividade moderna, a qual simplifica o direito às normas (monismo jurídico), estipuladas formalmente por autoridades (poder político) e que devem ser cumpridas.⁸¹

No próximo item introduz-se a concepção pluralista a partir da visão dos institucionalistas franceses, a se iniciar por Maurice Hauriou, considerado precursor na proposição de uma teoria jurídica centrada primeiro nas instituições e só depois nas normas emanadas pelo Estado. Embora o marco teórico da pesquisa presente seja o autor Santi Romano, é importante apresentar a síntese de correntes teóricas predecessoras que também se depararam com um problema similar, qual seja, o de tentar compreender o direito como um fenômeno mais amplo que simplesmente a produção estatal.

⁷⁸ O exemplo mais paradigmático seria o da Revolução Francesa, que transferiu o poder de fazer leis do monarca para o corpo de políticos eleitos que formariam o poder legislativo. Para aprofundamento nesta temática verificar HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005 e VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁷⁹ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p.40.

⁸⁰ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p.63-68.

⁸¹ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p.68-72.

1.3.1 Nota sobre o institucionalismo francês e sua relação com o pluralismo jurídico

Hauriou parte da aporia acerca da origem das instituições, se elas nascem na história ou por regras jurídicas. Isto é, o Estado, a associação, o sindicato, a corporação, foram criadas pelo movimento histórico ou existem apenas a partir do momento que regras jurídicas estabelecidas as criam.

Para Hauriou toda instituição encontra um fundamento jurídico já em sua origem.

As grandes linhas dessa nova teoria são as seguintes: uma instituição é uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se num poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.⁸²

Nesta citação, que delinea já o conceito de instituição em Hauriou, encontram-se já três elementos característicos presentes em toda instituição: “as instituições representam, no direito como na história, a categoria da duração, da continuidade e do real; a operação de sua fundação constitui o fundamento jurídico da sociedade e do Estado”.⁸³

As instituições são sempre fundadas, continuadas, persistindo por um período de tempo através de diversos atos e procedimentos, até ser extinta por determinado ato jurídico.

⁸² HAURIU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 19.

⁸³ HAURIU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 11.

Para Hauriou as instituições são de dois tipos, as que se personificam e as que não se personificam. As primeiras são as instituições-pessoas e as segundas, as instituições-coisas.

As instituições-pessoas (que mais interessam ao nosso estudo) “o poder organizado as manifestações de comunhão dos membros do grupo interiorizam-se no âmbito da ideia da obra: após ter sido o objeto da instituição corporativa, a ideia torna-se o sujeito da pessoa moral que se depreende do corpo instituído”.⁸⁴

As instituições-pessoas, portanto, são as instituições clássicas, cuja ideia da obra a realizar se materializam no tempo por meio do poder gerencial, das manifestações de comunhão entre os membros, gerando a unidade da multiplicidade na pessoa jurídica. É o caso do Estado, do sindicato, da associação, etc.

Já as instituições-coisas parecem pouco se diferenciar do conceito de fato social em Durkheim, pois são instituições que perduram no espaço e no tempo, determinando a vida coletiva, mas que não recebem nenhum poder gerencial nem manifestação de comunhão entre membros. As regras de direito seriam uma instituição desse tipo, não se personificam, não unificam em si nenhuma multiplicidade de agentes, ainda que sejam criadas pela comunidade e influenciam a vida cotidiana. Os únicos aspectos comuns deste tipo de instituição para com as da modalidade ‘pessoa’ parecem ser o fato de ela ser “uma instituição porque, na qualidade de ideia, ela se propaga e vive no meio social”⁸⁵ Não parece sensato negar que a instituição-coisa assemelhe-se muito às famosas três características dos fatos sociais em Durkheim (exterioridade, coercitivade, generalidade).

Feita esta distinção Hauriou salienta que seu esforço se concentra nas instituições-pessoas.

As instituições nascem, vivem e morrem juridicamente; elas nascem por meio de operações de fundação que lhes fornecem um fundamento jurídico ao prolongarem-se; elas vivem uma vida ao mesmo tempo objetiva e subjetiva, graças a operações jurídicas de governo e de administração repetidas e, aliás, ligadas por procedimentos; enfim, elas morrem por meio de operações jurídicas

⁸⁴ HAURIU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 19-20.

⁸⁵ HAURIU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 20.

de dissolução ou ab-rogação. Assim, elas ocupam juridicamente a duração e sua cadeia sólida se cruza com a trama mais ligeira das relações jurídicas passageiras.⁸⁶

Para Hauriou, portanto, instituições nascem, vivem e morrem, e tal processo é conduzido estritamente por operações jurídicas. Com isto o doutrinador francês quer dizer que sua teoria é delimitadamente positivista, não extrapola as fronteiras do discurso jurídico, não invade o âmbito sociológico.

Na sequência o autor propõe que são três os elementos que constituem toda instituição: “1ª a ideia de obra a realizar num grupo social; 2º o poder organizado posto a serviço dessa ideia para sua realização; 3º as manifestações de comunhão que ocorrem no grupo social a respeito da ideia e de sua realização”.⁸⁷

Tais elementos seriam de consenso doutrinário, mas Hauriou acrescenta que na sua teoria um quarto elemento deve ser agregado, o o fenômeno da incorporação, “ou seja, de interiorização do elemento poder organizado e do elemento manifestações de comunhão dos membros do grupo, no âmbito da ideia da obra a realizar, e que essa incorporação leva à personificação”.⁸⁸

A personificação seria o processo de unificação das vontades individuais numa pessoa jurídica capaz de se relacionar com outras pessoas jurídicas. Observa-se agora cada um dos elementos:

I - Ideia de obra a realizar: isto é, a ideia diretriz da obra:

[...] que ultrapassa assim as noções de meta e de função, seria mais corretamente identificada com a noção de objeto. A ideia da empresa é o objeto da empresa, pois a empresa tem por objeto realizar a ideia. Ela tanto é o objeto da empresa que é por ela e nela que a empresa vai se objetivar e adquirir uma individualidade social.⁸⁹

É a dimensão mais importante, pois justifica o próprio surgimento da instituição. Determinadas pessoas decidem juntar esforços e abrir uma sociedade empresária para produzir sapatos, vários agentes iniciam um processo de criação de um Estado nacional, vários trabalhadores de certo setor se organizam para defender

⁸⁶ HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 20.

⁸⁷ HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 21.

⁸⁸ HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 21.

⁸⁹ HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 23.

seus direitos sociais na forma de um sindicato, e assim por diante. Portanto, há um objetivo geral, objetivo, que se presencia em cada agente individualizado, e que estrutura a instituição. Não se pode confundir esta ideia diretriz com as ideias subjetivas, isto é, os interesses individuais de cada membro. O fato de um dos sócios naquela sociedade que produz sapatos estar interessado, sobretudo, no próprio lucro, não muda o fato de que integra uma sociedade que existe para produzir sapatos, e é nesta atividade que ele extrairá o seu lucro.

II - O segundo elemento é o poder de governo organizado.

É o que se chama comumente de organização da instituição, mas é essencial interpretar a organização como um poder organizado, porque sendo o próprio poder uma forma de vontade, e considerando-se agora os órgãos apenas como poderes de vontade, isso espiritualiza o elemento humano da organização.⁹⁰

Para realizar a sua ideia diretriz cada instituição deve estruturar a si mesma, definindo o poder gerencial, quem ocupará o posto de liderança, de que forma, quais funções serão distribuídas entre os diversos membros e por quais meios, etc. Ou seja, a ideia não se realiza de modo desregrado, mas a partir de distribuições precisas de competências e funções.

III - O terceiro elemento é a manifestação de comunhão dos membros do grupo e também dos órgãos do governo: “[...] seja na ideia da obra a realizar, seja na dos meios a empregar. Esse fenômeno de comunhão, ao qual já fizemos alusão e graças ao qual a ideia diretriz da obra passa momentaneamente ao estado subjetivo, deve ser estudado na sua realidade fenomenal”.⁹¹

Para explicar tal elemento Hauriou remete-se a exemplos como movimentos populares que acompanharam a fundação das corporações medievais ou mesmo das revoluções sociais modernas. O que é nítido é que tal elemento cumpre papel psicossociológico de reforçar a ideia diretriz e prestar confiança ao poder gerencial constituído. O autor exemplifica com o povo israelita do livro de Samuel, no trecho em que ‘pedem um rei’.⁹² Também as assembleias gerais

⁹⁰ HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 26.

⁹¹ HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 31.

⁹² HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 29.

realizadas nas sociedades anônimas seriam decorrência deste elemento.⁹³

No entanto, a manifestação de comunhão parece ser uma proposta necessária para introduzir o quarto elemento, que é apresentada por Hauriou como 'fenômeno da incorporação, que leva ao da personificação'.⁹⁴

IV - processo de incorporação e personificação, que segundo o autor:

Esses dois fenômenos estão, por sua vez, sob a dependência de um movimento de interiorização que faz passar para o âmbito da ideia diretriz da empresa, em primeiro lugar, os órgãos de governo com seu poder de vontade, e em seguida as manifestações de comunhão dos membros do grupo. Esse triplo movimento de interiorização, incorporação e personificação tem importância capital para a teoria da personalidade. Se sua realidade for constatada, ela acarretará a realidade da personalidade moral, base da personalidade jurídica, pois ficará estabelecido que a tendência à personificação é natural. Isso ficará estabelecido tanto para as pessoas individuais quanto para as pessoas corporativas, pois, não se deve ignorar, atualmente a personalidade moral individual é tão contestada quanto a corporativa.⁹⁵

Para Hauriou a instituição está incorporada quando a ideia diretriz se incorpora em um poder gerencial capaz de representar o interesse dos membros frente a outras instituições. É o caso do Estado nacional que se levanta como entidade organizada diante de outros Estados nacionais na esfera do direito internacional. Neste caso, tanto faz se tal Estado seja democrático, autocrático, etc.

O problema vem a aparecer no processo de personificação, a saber:

O Estado está personificado quando atinge o estágio da liberdade política com a participação dos cidadãos no governo; então, um segundo trabalho de interiorização está completo no sentido em que, no âmbito da ideia diretriz, ocorrem agora manifestações de comunhão dos membros do grupo que se envolvem nas decisões dos órgãos do governo representativo (eleições, deliberações nas assembleias, referendos, etc.). A personificação ocorre porque as manifestações de comunhão dos membros dos grupos são crises subjetivas nas quais a própria ideia diretriz do Estado passo ao estado subjetivo nas consciências dos sujeitos.⁹⁶

⁹³ HAURIU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 30.

⁹⁴ HAURIU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 30.

⁹⁵ HAURIU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 30-31.

⁹⁶ HAURIU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. p. 35-36.

Há viés psicológico nesta abordagem, pois a necessidade de impor à instituição a inclusão dos membros em um regime representativo parece decorrer da tentativa de 'personalizá-la', no sentido de fazer com que ela expresse com fidelidade as consciências subjetivas que a integram.

Santi Romano homenageia a importância de Hauriou ao dar à instituição certa primazia nos debates jurídicos, mas critica-o em sua formulação, pois limitar as instituições àquelas que podem, ao menos se candidatar à personificação, parece decorrer da tentativa de moldar todas as instituições no formato da instituição clássica do direito moderno, isto é, o Estado. A partir do estudo do processo de interiorização, incorporação e personificação do Estado o autor francês teria adaptado a mesma ideia às demais instituições. Com isto, porém, exclui do conceito jurídico tantas instituições que não podem se candidatar ao mesmo processo percorrido pelo Estado moderno.

Mais grave parece ser o fato de utilizar concepções ideológicas como critério para enquadrar todas as instituições.

[...] não compartilhamos a opinião de que as instituições seriam somente entes organizados em forma constitucional e representativa; organizações cujos membros se vêm garantir uma liberdade... política, quando se trata, por exemplo, dos acionistas de uma sociedade comercial.⁹⁷

Qual o critério objetivo, científico, capaz de definir quando os acionistas possuem 'representatividade', 'liberdade política'? O mesmo questionamento se aplicaria a tantos Estados nacionais, fundações, associações, etc.

Romano não descuida de enaltecer Hauriou pelos esforços iniciais de criar uma teoria institucionalista do direito, mas no afã de solidificar a imagem do Estado como instituição por excelência desabou na criação de uma hipótese científica inconsistente, carente de objetividade.

O institucionalismo francês veria em Georges Gurvitch a sua acepção mais consolidada.

⁹⁷ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 82.

Gurvitch aborda o pluralismo jurídico também a partir dos vários tipos de 'socialidade', cada qual produzindo uma espécie de direito. Os vínculos de socialidade entre membros de uma tribo aborígine australiana são diferentes dos vínculos de socialidade em uma cidade industrializada moderna, assim como são diversos os vínculos de socialidade no interior da família, da empresa, do partido político, etc. Há diferentes níveis de racionalização, flexibilização e organização social nestes vínculos de socialidade, e destas diferenças emanam as várias espécies de direito e de ordenamento jurídico.⁹⁸

Na sequência o autor classifica as formas de socialidade, conforme os planos de profundidade, quais sejam: socialidade direta, espontânea, e socialidade organizada, reflexiva.

A socialidade espontânea se manifesta tanto através os estados imediatos da consciência coletiva quanto através dos comportamentos coletivos, sejam estes hábitos inspirados em modelos mais ou menos flexíveis ou em atos coletivos de inovação e criação. A socialidade organizada, ao invés, se reconecta a comportamentos coletivos enquanto estes são guiados por modelos cristalizados em esquemas reflexivos, estabilizados em precedência e impostos a comportamentos hierarquizados e centralizados.⁹⁹

Na socialidade organizada, portanto, reside maior grau de racionalização, pois as atitudes, modelos de comportamentos, influências provenientes da camada espontânea da sociedade, são padronizadas e estereotipadas conforme sistemas mais ou menos rígidos de socialidade, com regras claras do que é proibido e permitido, os tipos de sanções, etc.

Gurvitch salienta que a socialidade espontânea está sempre na base da socialidade organizada, e sua pressão pode vir inclusive a modificar as regras sociais e jurídicas. Por exemplo, as mudanças de comportamentos, de estilos de vidas, ocorrem a partir das relações interindividuais, podendo chegar a modificar inclusive normas jurídicas estabelecidas. A questão do divórcio, com mudança legislativa no último século, é ilustrativo, pois a norma jurídica foi alterada a partir das pressões oriundas da socialidade espontânea. De certa forma a socialidade

⁹⁸ De certa forma aqui retornam os conceitos de '*philia*' em Aristóteles e de 'socialidade' em Durkheim, embora nenhum dos dois tenham avançado de tal forma na fronteira entre a sociologia e o direito.

⁹⁹ GURVITCH, Georges. **Sociologia Del Diritto**. Milano: PGreco, 2014. p. 247.

espontânea ainda se situa muito na dimensão estritamente sociológica, mas que tende a transitar à dimensão jurídica.

Dentro da socialidade espontânea, ainda, há conflito e interrelações de vários tipos. Cita-se o autor:

No âmbito da socialidade espontânea, se contrapõem em primeiro lugar a socialidade por interpenetração, ou fusão parcial no 'Nós', e a socialidade por simples interdependência entre eu, tu, ele, eles, isto é, 'os vínculos com os outros'. É a oposição entre integração e coordenação, entre intuição coletiva e comunicação simbólica, entre união e delimitação.¹⁰⁰

A socialidade por interpenetração é aquela do 'nós, brasileiros', 'nós, italianos', 'nós, metalúrgicos', 'nós, professores', etc. Ou seja, o grau de interpenetração é grande ao ponto de criar uma espécie de 'consciência coletiva', em que um 'eu coletivo' possui preferências, aversões, noções de certo, errado, etc. É evidente que deste 'nós' surgem exigências sociais de comportamentos para os membros.

Já a socialidade por interdependência é mais elástica e flexível, porque não forma um 'nós', ficando apenas no limite da dialética entre eu-tu, nela as individualidades mantêm certa autonomia. Os contratos, as relações de propriedade, em geral se situam neste nível de socialidade.

Este 'Nós', dependendo do grau de interpenetração, pode ser '*massa*', ainda muito frágil, sendo apenas uma reunião superficial de indivíduos. São sujeitos isolados que apenas se unem para atingir fins específicos que interessam a todos. Uma interpenetração mais densa é a que forma a '*comunidade*', quando o envolvimento é mais profundo e o senso de personalidade de cada membro aos poucos passa a se misturar com a ideia de comunidade na qual vive. Quando a fusão é tão intensa que é como se desaparecesse as individualidades estamos diante da '*comunhão*', típica dos períodos de frenesi coletiva.

Para Gurvitch, portanto, é no estágio intermediário da comunidade em que as forças individuais e coletivas se encontram mais equilibradas.

¹⁰⁰ GURVITCH, Georges. **Sociologia Del Diritto**. p. 250.

O autor passa a delinear que cada forma de socialidade possui uma espécie de direito. Cada forma de socialidade ativa produz 'fato normativo'.

Há o contraste entre direito social e direito individual (ou interindividual), sendo o primeiro referente à socialidade por interpenetração e o segundo daquela por interdependência. O direito social é apresentado como:

[...] direito de integração objetiva no Nós, no todo imanente. Isso permite aos sujeitos aos quais se dirige de participar diretamente ao todo, que por sua vez participa efetivamente nas relações jurídicas. Isto explica porque o direito social seja fundado sobre a confiança, enquanto o direito individual, isto é, o direito interindividual e aquele entre grupos, é baseado sobre a desconfiança. O primeiro é direito de paz, de ajuda de trocas, de trabalho em comum, o outro é direito de guerra, de conflito, de separação, porque ainda quando o direito individual aproxima parcialmente os sujeitos, como no caso dos contratos, ao mesmo os distancia ao delimitar os interesses.¹⁰¹

E arremata:

Se cada direito pode ser definido como a ligação entre as pretensões de um e os deveres dos outros, ligação 'imperativa-atributiva', no direito social as pretensões e os deveres se interpenetram e formam um todo indissolúvel, enquanto no direito individual não fazem que se colidirem e se limitarem. No direito social predomina a justiça distributiva, no direito individual a justiça comutativa.¹⁰²

No entanto, o direito social tende sempre a prevalecer sobre o direito individual, porque ele é quem funda a sociedade, quem dá sustentação a todos os direitos individuais, ainda que muitas vezes seja espontâneo e não-organizado. O direito constitucional contemporâneo aparenta ser uma tentativa de positivar, exteriorizar este direito social primário.

Gurvitch, quando analisa as regulamentações organizadas e não-organizadas de determinada sociedade, encontra não apenas as formas tradicionais de normatividade, mas diversas camadas de relações entre indivíduos, das mais atomísticas e conflitivas àquelas que alcançam verdadeiro grau completo de interpenetração, ao ponto de quase desaparecerem as personalidades individuais. Não é que existam sociedades que estejam neste ou naquele ponto, mas todas

¹⁰¹ GURVITCH, Georges. **Sociologia Del Diritto**. p. 257.

¹⁰² GURVITCH, Georges. **Sociologia Del Diritto**. p. 257-258.

possuem estes extratos de normatividade em algum grau, que disputam, invisivelmente, espaço para seu predomínio. O direito da comunidade tende a prevalecer sobre o direito da massa e da comunhão por ser mais equilibrado, de modo que a força coletiva segura as forças individualizadas da massa e as forças individuais contêm a comunhão total.

Enfim, este primeiro capítulo se propôs a apresentar o pluralismo jurídico como condição insuperável da existência humana, de modo que mesmo a tentativa de concentração de poderes nas mãos do Estado não veio a resistir. Esta percepção é fundamental, pois será retomada na parte final, quando apresentado o pluralismo jurídico no espaço transnacional.

Apresentados autores que antecederam a visão de Santi Romano na sequência passa-se a apresentar a concepção do jurista italiano.

CAPÍTULO 2

O INSTITUCIONALISMO DE SANTI ROMANO

2.1 O PENSAMENTO DE SANTI ROMANO EM SEU TEMPO

Neste momento adentra-se a fundamentação central do presente trabalho, a abordagem institucionalista de Santi Romano, jurista italiano de notável influência no direito de seu país, mas com repercussão limitada além das fronteiras. O objetivo nesta parte é apresentar a teoria geral de Romano, para que a mesma seja recuperada e utilizada nas partes finais do trabalho, demonstrando como a mesma pode ser fecunda enquanto ponto de partida da compreensão das transformações em ato, sobretudo no que se refere à emergência dos espaços transnacionais.

Romano deve ser situado em seu contexto histórico, que é o das últimas décadas do século XIX e primeiras do século XX, momento em que a ciência jurídica começava a presenciar o embate entre o positivismo e tantas correntes que se recusavam a identificar o direito exclusivamente na instituição estatal. Aqui encontram-se, por exemplo, as abordagens quase sociológicas, como aquelas de Duguit e Hauriou, já citados no presente trabalho, como o pensamento do direito livre defendido por Ehrlich. Todos, de alguma forma, embatem-se com o positivismo que cada vez mais passava a tomar controle dos debates, daquele de Jellinek à formulação kelseniana.

De um lado uma posição sempre mais estatista, que continuava a linha ideológica que se origina na aurora da modernidade, tal como visto no capítulo anterior, de outro diversas correntes que tentam recuperar a supremacia da Sociedade diante do Estado, a defesa da ideia de que mais do Estado, o direito nasce do mundo social, nas interações entre indivíduos dentro de cada agrupamento social.

Romano é influenciado por todo esse panorama, e certamente sua visão está alinhada muito mais ao lado daqueles que se recusam a ver no Estado a fonte

de todo o direito. No entanto, sua posição é original, pois não deixa de ver no Estado papel singular, ao menos em seu tempo, não apenas mais uma das instituições, mas talvez a mais decisiva delas, a única capaz de harmonizar as demais instituições que coexistem em seu interior, como a família, o partido político, a organização empresarial, etc.

Esta é a interpretação da obra de Romano que se propõe aqui, lida não apenas a partir de sua mais célebre obra, *L'Ordinamento Giuridico*, mas também a partir do estudo dos textos de juventude e dos últimos escritos do autor, aqueles dedicados ao direito internacional e ao direito constitucional. O *Frammenti di un Dizionario Giuridico* também é fundamental, pois apresenta de modo conciso a visão de Romano acerca de categorias centrais para o seu pensamento.

A leitura isolada de *L'Ordinamento Giuridico* pode gerar o entendimento apressado de que para Romano o Estado é apenas uma instituição em paridade de importância com as demais, quando na verdade o estudo de outros textos revela que, ao menos no contexto histórico e político em que vivia, o autor vislumbrava no Estado uma instituição de importância central, ao ponto de encerrar o famoso texto sobre a Crise do Estado Moderno afirmando a convicção de que tal crise poderia ser superada e o Estado voltar a ser o protagonista central da arena política e jurídica.

Como se verá, não há contradição. Romano defende a existência do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, que nada mais é do que corolário da teoria da instituição, pois se direito é instituição, e não apenas o Estado é instituição, então necessariamente deve haver a pluralidade de instituições, pluralidade de ordenamentos jurídicos. No entanto, isto não conduz ao raciocínio de que no tempo de Romano, e provavelmente em nosso, o Estado tenha a mesma importância que qualquer outra instituição.

É a partir deste duplo argumento que se desenvolve a exposição a seguir, neste e no próximo capítulo. Primeiro se apresenta a visão geral do pensamento de Romano, estruturado em suas três teorias centrais, quais sejam: a teoria da instituição, a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e a teoria da necessidade. As duas primeiras são famosas e devidamente expostas em

L'Ordinamento Giuridico, já a última é menos notada, mas profunda o suficiente para ser considerada o verdadeiro fundamento do direito na visão do autor, a abordagem que de certa forma sustenta as duas primeiras teorias. Esta última está exposta nos textos de juventude de Romano, que serão explorados ao longo do capítulo.

No capítulo seguinte é apresentado o outro lado do argumento, ou seja, o papel do Estado na teoria de Romano, bem como a análise de sua crise, segundo o autor. A relação entre os dois argumentos, aplicada ao cenário contemporâneo, pode servir de ponto de partida para compreensão das transformações em ato, vez que a crise do Estado e de sua soberania pode ser entendida como o vácuo de poder, movido pela força da necessidade, que dá origem à pluralidade de novos ordenamentos jurídicos nos espaços transnacionais.

2.2 A CONCEPÇÃO ORDENAMENTAL DE SANTI ROMANO

Diferente da maioria dos autores contemporâneos, Santi Romano não adentrou a problemática do pluralismo dos ordenamentos jurídicos sem antes se propor a definir de modo objetivo o 'fenômeno jurídico', e sem jamais ultrapassar as linhas fronteiriças da ciência jurídica. Santi Romano era jurista, grande especialista no Direito Administrativo, não era filósofo do direito nem sociólogo do direito, embora suas percepções sejam valiosas também para estes campos do conhecimento. Ou seja, Santi Romano propôs um conceito de direito para além do Estado sem precisar cruzar a fronteira da ciência jurídica.

Romano enfrentou ativamente as doutrinas que tentam reduzir todo o direito a normas emanadas pelo Estado. Além disso, Santi Romano oferece precisa definição de Direito para a sua concepção de pluralismo jurídico.

Para Santi Romano o conceito de Direito deve conter três elementos essenciais, explicados separadamente na sequência:

Antes de tudo, levar ao conceito de sociedade. Isso em dois sentidos que se complementam mutuamente: aquele que não sai da esfera puramente individual – que não supera a vida do indivíduo como tal – não é direito, (*ubi ius ubi societas*) e, ainda, não existe sociedade no

sentido verdadeiro da palavra sem que nessa se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*).¹⁰³

Na sequência a sociedade é apresentada como:

[...] não uma simples relação entre os indivíduos, como seria, por exemplo, a relação de amizade, ao qual é estranho qualquer elemento jurídico, mas uma entidade distinta dos indivíduos que a compõe, que constitua mesmo formal e extrinsecamente uma unidade concreta. E deve se tratar de uma unidade efetivamente constituída.¹⁰⁴

Não há como se pensar o conceito de direito fora da sociedade, nem o contrário. Toda sociedade necessita pôr um direito como forma de autorregulamentação. Isto porque a sociedade é todo agrupamento que se distingue das próprias pessoas que a compõem, passando a ter validade e existência de modo transcendente aos indivíduos que a compõem. A amizade não é uma sociedade porque assim que um dos dois amigos falece, se distancia, aquela relação deixa de existir. Ou seja, a amizade é indissociável dos amigos que compõem a amizade, sem aquelas duas pessoas específicas a própria amizade deixa de existir.

O mesmo raciocínio não vale para a família, pois ela tem um direito que explica como são transmitidas as propriedades, os deveres, de forma que a existência da instituição familiar transcende os próprios indivíduos que integram determinada família.¹⁰⁵ É este direito, que é natural ao próprio conceito de família, que permite famílias existirem por séculos.¹⁰⁶

Não somente a família, mas a comunidade, o Estado, as organizações privadas (incluindo as empresariais), todas elas possuem um direito que as permite existirem para além dos indivíduos que a compõem. Observa-se agora o segundo

¹⁰³ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Boiteaux, 2008. p. 77.

¹⁰⁴ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 77.

¹⁰⁵ “A instituição é uma unidade fechada e permanente que não perde a sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas e assim por diante. Ela pode se renovar conservando de modo imodificado a sua própria individualidade. Disso advém a possibilidade de considerá-la como um corpo isolado sem identificá-la com o que pode vir a ser necessário para lhe dar vida, mas que, dando-lhe vida, se amalgama nela”. ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 87.

¹⁰⁶ A família como instituição vinculada ao direito já é conhecidamente abordada em COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996.

elemento definidor:

O conceito de direito deve, em segundo lugar, conter a ideia da ordem social: isso serve para excluir todo elemento que possa reconduzir ao puro arbítrio ou à força material, ou seja, não ordenada. [...] toda manifestação social, somente devido ao fato de ser social, é ordenada ao menos no que diz respeito aos seus consócios.¹⁰⁷

Este segundo elemento é decorrente do primeiro e existe apenas para impedir que qualquer aglomerado humano, ainda que aleatório e caótico, possa ser chamado de sociedade. É necessário que exista um vínculo, uma ideia de bem comum, de objetivo compartilhado, que seja o liame entre todos os indivíduos que integram determinada sociedade. Por fim o terceiro aspecto do conceito:

A ordem social posta pelo direito não advém da existência de normas de qualquer origem que disciplinam as relações sociais. Ele não exclui tais normas, mas se serve delas e as integra na sua órbita, sendo que, concomitantemente, vai além delas, superando-as. Isso significa que o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo.¹⁰⁸

Para entender o direito não é importante saber a origem das normas que compõem determinado ordenamento. Não importa se as normas foram criadas pelo Legislativo, se foram reconhecidas como costumes, se são meras aplicações de regras religiosas ou de contratos privados, importa apenas que aquelas normas foram aceitas e internalizadas por determinada sociedade. É daí que se torna inóqua a discussão se em determinada comunidade indígena existiria direito porque as regras sociais são as mesmas da religião seguida pelos membros. No momento em que aqueles membros adotam as regras religiosas como regras de ordenamento social, de regulamentação social, elas passam a ser, também, regras jurídicas. O mesmo vale para lugares que utilizam preceitos islâmicos como jurídicos, pois eles se tornam jurídicos no momento que aquela sociedade compreende que aqueles são os preceitos que devem organizá-la. Com isto Santi Romano torna supérflua toda a discussão positivista acerca do que podemos entender por normas, se

¹⁰⁷ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 77-78.

¹⁰⁸ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 78.

apenas as escritas, se também os costumes, em quais casos, etc.

[...] não acreditamos que a instituição seja fonte do direito, e que portanto 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, exista uma perfeita identidade¹⁰⁹.

Santi Romano alerta que utiliza 'instituição' em seu sentido apropriado, não figurativo, isto é, instituição é um ente imaterial, mas que de alguma forma pode ser individuado concretamente. Por exemplo, determinada organização empresarial ou Estado é uma instituição, pois pode ser individuada e distinguida das demais sociedades empresárias e Estados. Mas quando se fala em 'instituição da compra e venda', 'instituição da imprensa', entre outros termos, a expressão 'instituição' vem a ser utilizada em modo inapropriado, figurado, demasiadamente extensivo. A 'imprensa' até pode ser entendida como instituição, quando compreendida como a sociedade a qual integram os múltiplos órgãos de imprensa, todos vinculados entre si por meios contratos, regras implícitas, regulamentos emitidos por associações profissionais, etc. Mas nesse caso não é a imprensa figurada, como se ouve comumente, quando algum personagem público reclama que 'é perseguido pela imprensa', mas a própria sociedade organizada composta pelas atividades voltadas à imprensa. O mesmo vale para expressões confusas como 'classe empresarial', que em si mesma não é uma instituição ou sociedade, mas as regras privadas empresariais decorrentes de contratos, as organizações de empresários em associações de segmentos, entre outras manifestações, podem dar nascimento a determinadas sociedades (em sentido de Santi Romano, não de direito empresarial) compostas por empresários.

O direito é instituição, é organização social:

Que tal ordenamento seja sempre e necessariamente jurídico, é demonstrado pela observação de que o objetivo característico do direito é precisamente aquele da organização social. O direito não consagra somente o princípio da co-existência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais

¹⁰⁹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 82

poderosos e mais duradouros do que os indivíduos.¹¹⁰

A sociedade, enquanto instituição, é decorrência da natureza humana enquanto ser inteligente. Por ser finito, por ser incapaz de realizar todas as obras que deseja, o ser humano se relaciona com outros de modo ordenado a permitir que tais projetos transcendam suas existências temporais. Aquilo que é iniciado por um e que não será concluído em sua breve existência será continuado, aprimorado, por outros indivíduos. A sociedade potencializa a inteligência, transforma o potencial social do humano em criador civilizatório.¹¹¹

As regras instituídas pelo direito em determinada sociedade servem à finalidade de garantir esta busca por perpetuidade, esta realização de projetos para além das existências individuais. É daí que não há sentido em cada membro fazer somente aquilo que lhe convém, porque neste caso não há sociedade, mas um aglomerado atomístico de indivíduos. Os membros precisam aceitar as restrições de liberdade, as sujeições, para terem garantias de agirem em determinadas frentes, para que o projeto orgânico da sociedade seja possível. O direito, portanto, organiza a sociedade, gerencia os mecanismos que condicionam o seu funcionamento.

No próximo tópico demonstra-se, com base em Santi Romano, como também a ideia de que o direito emana apenas do Estado é falsa ou ao menos insuficiente.

2.2.1 Da insuficiência da doutrina que reduz todo direito ao Estado

Desde o fim da Idade Média, mas, sobretudo após a Revolução Francesa, o mundo ocidental acompanhou o surgimento e o ápice do fenômeno do Estado, que inclusive passou a ser considerado a categoria básica dos estudos de Ciência

¹¹⁰ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 89.

¹¹¹ “Estes entes realizam a síntese unificante em que o indivíduo permanece fechado, regulando não só a sua atividade, mas também a sua condição, algumas vezes superior, outras inferior a das demais; coisas e energias são destinadas a fins permanentes e gerais, ou seja, com um conjunto de garantias, de poderes, de sujeições, de liberdades, de freios, que reduz a um sistema e unifica uma série de elementos em si e por si moderados. Isto significa que a instituição no sentido por nós delineado é a primeira, originária e essencial manifestação do direito. Este pode se manifestar somente em uma instituição, e a instituição, no entanto, existe e pode ser dita tal enquanto é criada e mantida viva pelo direito”. ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 89-90.

Política, Filosofia Política e inclusive da Ciência Jurídica. De um mundo fragmentado e pluralista como era o medieval, com cada dimensão da sociedade sendo capaz de produzir autonomamente o próprio direito, o Estado passou a concentrar em si cada vez maior competência para criar e aplicar o direito.¹¹² Paulatinamente as outras esferas sociais, como a religiosa, econômica, comunidades locais, perderam a autonomia para criar direito, ou no máximo poderiam ter seus poderes reconhecidos pelo Estado¹¹³, mas, sempre em caráter inferior.¹¹⁴

Assim é o Direito ensinado ainda hoje nas faculdades de Ciência Jurídica espalhadas pelo Ocidente. O Direito é prerrogativa estatal, e mesmo aquele direito criado para além do Estado necessita da outorga estatal (raciocínio válido inclusive para o direito internacional clássico).¹¹⁵

¹¹² Para aprofundamentos na transição do direito medieval para o estatal-moderno ver, entre outros, Berman, Villey e as várias obras de Grossi citadas neste trabalho. BERMAN, Harold. **Razão e Revolução**. São Paulo: Paz e Terra, 2004; VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹¹³ Afirma Sacco: “A partir de certa data (digamos: a partir da Revolução Francesa), o Estado assumiu o poder de criar direito em todos os setores; de modo geral, ele negou ou reduziu a competência nesse âmbito das organizações territoriais menores. Esse Estado (cuja forma caricatural coincide com a República jacobina) não reconhece poder originário ao ordenamento internacional, não o reconhece aos ordenamentos religiosos, nem às entidades territoriais menores, nem às corporações de ofício. O direito é criado totalmente pelo Estado”. SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 88.

¹¹⁴ “Cada Estado deve, sem dúvida, ser considerado como um ordenamento que, de fato, está separado dos outros Estados. Mesmo a comunidade internacional, não obstante o fato de ser uma instituição de instituições, é fruto de um ordenamento que pressupõe individualmente os ordenamentos dos Estados, mas, afirmando a independência e autonomia desses, não os incorpora no seu. Este princípio, que poderia ser chamado de pluralidade dos ordenamentos jurídicos, enquanto é incontestado no que se refere aos vários Estados bem como, ao menos na doutrina mais recente, no que diz respeito às relações entre o direito internacional e os direitos estatais, é também, por vezes, negado de uma forma enérgica no que concerne os demais ordenamentos jurídicos. Para estes se põe, frequentemente, a tese de que todos, sem exceções, devem ser reduzidos ao direito estatal. Antes, seria o Estado que imprimiria o seu caráter jurídico, seja quando os constitui diretamente, seja quando os reconhece. No caso em que não se tenha tal reconhecimento, como, por exemplo, no que se refere às instituições hostis ao Estado ou mesmo contrária aos princípios essenciais por este postos na base do seu direito, tais instituições deveriam ser consideradas antijurídicas, não somente a respeito do Estado, o que é natural, mas também em si e por si. Não existiriam, desse modo, outros ordenamentos jurídicos verdadeiros além daquele estatal e daquele inter-estatal. Os demais somente poderiam pertencer, de forma imediata ou mediata, ao primeiro, sendo elementos integrantes de seu sistema, ou, ao máximo, seus satélites. O direito seria somente uma força ou uma vontade, que se irradiaria do Estado (na comunidade internacional de vários Estados), e somente deste”. ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 137-138.

¹¹⁵ O Direito hoje só existe a partir ou reconhecido pelo Estado, salienta a maioria dos juristas. Estranhamente, afirma Miaille, a categoria ‘Estado’ é basicamente ignorada e não ensinada nas disciplinas da faculdade de Direito. “[...] todo os autores insistem no facto de hoje o essencial do direito ser estatal. O Estado constitui, pois, um elemento fundamental do conhecimento do direito, e, no entanto, ele encontra-se ausente da cadeira de introdução ao direito! Esta ausência não é neutra:

Santi Romano já denunciava a debilidade da argumentação teórica que tenta defender tal posição monopolista por parte do Estado quanto ao poder de regulamentar a vida social, a qual, basicamente, precisaria se ancorar na combinação de duas teorias: (1) a concepção naturalista da supremacia estatal¹¹⁶ e (2) fundamento ético (*Sittlichkeit*) do Estado na visão hegeliana¹¹⁷.

[...] não se saberia como teoricamente justificá-la a não ser assumindo, por um lado, que o direito positivo pode e deve ser somente um produto do direito natural e, por outro, que o único ente que tenha, ao menos hoje, a possibilidade de interpretar e traduzir nas suas leis o direito natural seja o Estado. Deste modo se chega àquela concepção de Estado do qual Hegel foi o mais sistemático e o mais sugestivo defensor. Se, com tal filósofo, se admite que o Estado é a totalidade ética, que ele é a irrupção de Deus no mundo, que deve ser honrado como algo mundano-divino, e que, antes, é um Deus real, então se está perante a um sistema o qual não se pode se retirar a bases sem a elas contrapor outras. E quem o segue, pactuando, ao mesmo tempo, que compreenda e englobe totalmente o fenômeno jurídico no princípio ético, pode também ser dispensado

é ela que oculta objectivamente a natureza do direito que é exposto. Porque, se o direito é feito pelo Estado, não é inocente esconder-se-nos o que é o Estado! Mas, poderíeis dizer, basta ir consultar o curso de direito constitucional. Esta operação já não é satisfatória. Em primeiro lugar, o facto de separar em dois ensinamentos distintos o que deveria, na realidade, pertencer aos mesmos desenvolvimentos deixa supor que se trata de duas realidades diferentes”. MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao estudo do direito**. Lisboa: Estampa, 2005. p. 121. O autor prossegue, argumentando que a ausência do Estado nas disciplinas jurídicas serviria para ocultar o debate crítico daquilo que seria o Estado historicamente situado, ou seja, o Estado segundo a ideologia liberal, que é apenas um entre os tantos modelos teóricos já propostos de Estado. Alguns podem retrucar dizendo que o Estado é abordado na disciplina de Ciência Política, entretanto, limitar o Estado à Ciência Política equivale a dizer que é da Ciência Política que emana o regramento jurídico, o que é, em certo sentido, um raciocínio válido, mas exigiria a aceitação da tese de Schmitt, em contraposição àquela kelseniana. O que torna o cenário ainda mais nebuloso, pois a teoria de Schmitt raramente recebe a devida atenção pelos estudiosos contemporâneos.

¹¹⁶ “É, de fato, próprio de tal concepção naturalista fazer com que o direito figure como atuação concreta – que deveria ser única e uniforme – de um princípio transcendente e absoluto, da justiça abstrata e eterna, e, portanto, negar o caráter de direito a todos os ordenamentos sociais que não possam ao menos ser considerados como tentativas, ainda que imperfeitas, de tal atuação, ou que, como não bastasse, se afirmam rebeldes em relação a esta ideia de justiça. A doutrina que vê no Estado o único órgão, ou, como se ouve dizer, o único produtor do direito, evidentemente se fundamenta nessas perspectivas, completadas com a outra – mais recente em determinados desenvolvimentos – que faz figurar no Estado o ente ético por excelência”. ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 139-140. As concepções naturalistas aludidas por Romano certamente são as diversas teorias da filosofia política moderna que atribuem a origem estatal na própria natureza, como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Grotius, Pufendorf, etc.

¹¹⁷ Para aprofundamentos quanto à fundamentação ética do Estado em Hegel ver SOARES, Josemar Sidinei. **Consciência de si e Reconhecimento na Filosofia do Direito**. 311f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009; ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**. Brasília: Brasiliense, 1983.

de dar uma demonstração mais completa do assunto.¹¹⁸

A única forma de defender a supremacia absoluta do Estado na produção do direito é assimilar esta teoria que vê no Estado apenas uma das instituições, não basta sequer ver o Estado como a maior das instituições, é necessário vê-lo como encarnação divina, o próprio Deus materializado historicamente.¹¹⁹

Tal argumentação, como se sabe, não é compartilhada por quase nenhum jurista atual que defende a supremacia estatal. Estes, invariavelmente, recorrem ao constitucionalismo, à democracia, aos movimentos historicamente situados, como a Revolução Francesa, a Russa, as constituições dos Estados Unidos da América, México, de Weimar, e das teorias advindas do pós-Segunda Guerra Mundial.¹²⁰

O problema de tais argumentações é que podem no máximo defender que o Estado é a maior das instituições, o que por si só é questionável, mas jamais que se trata da única instituição capaz de produzir direito. Se não é a única, necessariamente deve-se reconhecer a existência de outras instituições capazes de produzir direito, ainda que em nível inferior.¹²¹ Romano acrescenta que é inclusive impossível demonstrar um vínculo objetivo e causal do Estado em relação ao direito, ou seja, um nexos que demonstre ser o Estado a única instituição capaz de produzir direito.

De fato, qual poderia ser o nexos necessário entre o direito e o Estado, através do qual o primeiro somente possa ser imaginado como um produto do segundo? Não só é impossível demonstrar a existência deste nexos, como, ao contrário, se pode demonstrar que ele não existe. De fato, enquanto, se pode perfeitamente conceber o

¹¹⁸ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 140.

¹¹⁹ Necessário salientar que não há contradição em citar esta passagem de Romano sobre Hegel e ao mesmo tempo utilizar o pensamento hegeliano ao início da presente tese. Naquela parte o objetivo era falar da natureza social e plurirrelacional do homem, e neste aspecto Hegel é um dos autores mais sólidos, vez que fundamenta a origem das várias instituições na intersubjetividade humana, isto é, na dialética do reconhecimento. Aqui trata-se de ponto bem mais específico, qual seja, a crítica de Romano à posição de Hegel acerca da natureza transcendental do Estado.

¹²⁰ Para exposição mais detalhada ver Marcelo Neves. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

¹²¹ “Do que foi afirmado se pode concluir que quem concebe o Estado como somente uma das formas – mesmo sendo ela a mais evoluída da sociedade humana -, sem portanto reconhecê-la como uma divindade, o que não se faz em relação às outras formas que o precederam ou que são contemporâneas a ele, deve também admitir que o ordenamento destas outras deve ser considerado como jurídico, não menos e a título não diferente do ordenamento estatal”. ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 141.

conceito de direito sem o Estado, é impossível definir o Estado sem recorrer ao conceito de direito. Este não é uma união material de seres humanos, um simples agregado de fato e casual, mas uma comunidade organizada, ou seja, um ente jurídico, um dos diferentes ordenamentos jurídicos que a realidade nos apresenta.¹²²

A aceitação do Estado como superior ao direito equivaleria a defender a supremacia do Estado sobre a própria sociedade, algo ilógico, tendo em vista que é possível constatar inúmeras sociedades capazes de existirem organizadamente sem constituírem um Estado do ponto de vista moderno, mas é impensável o Estado sem a sociedade^{123, 124}

Romano acrescenta ainda que muitos autores sequer esboçariam alguma teoria filosófica para justificar a posição supremacista do Estado como produtor do direito, mas se limitariam a afirmar que assim se constitui a realidade contemporânea. Entretanto, transformar a realidade contemporânea (limitada, diga-se, pois sequer abarca todas as sociedades contemporâneas), é certamente uma disposição preguiçosa a não enfrentar diretamente o problema.

É verdade que muitos entes que antes eram independentes em relação ao Estado ou, ao menos, mais independentes, agora se encontram atraídos para a sua órbita ou, se assim já o eram, em uma órbita ainda mais restrita. É também verdade que, por consequência disso, o ordenamento jurídico destes entes algumas vezes se fundiu com o ordenamento estatal de modo mais ou menos completo. Mas, deve ser negado do modo mais firme possível, que o sistema estatal tenha se tornado o único sistema do mundo jurídico. Melhor, deve ser negado que tal concentração seja materialmente possível.¹²⁵

Em outras palavras, o fato de atualmente as sociedades ocidentais se

¹²² ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 141.

¹²³ Talvez a única teoria aceitável aqui seja novamente a hegeliana, mas repete-se, seguir o raciocínio hegeliano exige também a aceitação da condição divina e suprema do Estado enquanto totalidade ética, o que, por consequência, é incompatível com as teorias contemporâneas do direito e do Estado. Não há como seguir simultaneamente as duas vertentes. Ademais, é importante salientar que a exposição hegeliana do Estado não é simplista, pois a centralidade deste se fundamenta no sentido de ser a instituição que resolve todas as contradições internas, como os interesses egoístas e econômicos do capitalismo da sociedade civil, aqueles das famílias, etc. Para aprofundamento da questão hegeliana sugere-se a consulta do próprio autor em HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Loyola, 2010.

¹²⁴ Pasold enfatiza em 'A função social do Estado contemporâneo' a importância maior da Sociedade, ao ponto do autor sugerir ser indenfensável a grafia 'sociedade' (inicial minúscula), quando utiliza-se comumente a grafia 'Estado' (inicial maiúscula). PASOLD, César. **A Função Social do Estado Contemporâneo**. Itajá: UNIVALI, 2013.

¹²⁵ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 142.

constituírem na forma em que o ordenamento estatal atrai para a sua órbita os demais ordenamentos não significa que esta seria uma concepção absolutista e definitiva de direito. Isto não passaria de uma sacralização do presente, desprovida de fundamentação lógica. O papel do cientista jurídico não é defender ideologicamente determinada sociedade ou concepção de Estado ou direito, mas compreender o que é o fenômeno jurídico em sua realidade.

No próximo tópico analisa-se a argumentação de Romano no que toca a relação entre ordenamentos jurídicos. Este argumento é importante porque aqui Romano introduz o critério da relevância, que pode ser aplicado a espaços transnacionais, conforme se verá na parte final do trabalho.

2.2.2 Da relação entre ordenamentos jurídicos

A proposta teórica de uma abordagem pluralista do direito não resta completa, no entanto, sem a análise ao menos que introdutória das diferentes formas de relações entre os ordenamentos jurídicos, isto é, averiguar quando um ordenamento jurídico é relevante para outro ordenamento.

Romano define o que se entende por 'relevância' de um ordenamento jurídico para outro ordenamento:

Esta não deve ser confundida com a importância que um ordenamento pode ter para um outro, e nem mesmo com a uniformidade material de mais ordenamentos que não seja quista ou mesmo determinada por uma exigência não jurídica, mas somente política, de conveniência ou de oportunidade. A necessidade de tal distinção não é, por si mesma, dúbia, mas não é sempre fácil tê-la presente e entedê-la no seu verdadeiro significado. No momento, estamos satisfeitos em fazer uma apresentação em linhas gerais e para condensar em uma breve fórmula o nosso pensamento -, afirmamos que, para que exista relevância jurídica, é necessário que a existência, o conteúdo ou a eficácia de um ordenamento se demonstre condicionada por um outro ordenamento. Tal fenômeno tendo por base um título jurídico.¹²⁶

Na sequência o autor apresenta cinco modalidades de título desta

¹²⁶ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 162.

relevância:

A) Relação de superioridade e dependência entre dois ordenamentos: é o caso do ordenamento de uma instituição pública criada pelo Estado, que se encontra totalmente dependente e limitada pelo ordenamento maior do próprio Estado. A empresa pública possui o próprio ordenamento jurídico, mas inferior e dependente ao ordenamento do Estado nacional que a instituiu.

B) Relação de quando um ordenamento é pressuposto de outro: ocorre quando um ordenamento não consegue subsistir sem que também exista outro ordenamento. É o caso do ordenamento do direito internacional, aquele específico das relações interestatais. O direito internacional entre Estados-nacionais apenas subsiste na medida em que os ordenamentos nacionais continuam existentes. Não é que o direito internacional seja inferior ou subordinado às vontades dos ordenamentos nacionais, mas que dependa deles para que possa existir.¹²⁷

C) Relação entre ordenamentos reciprocamente independentes, mas dependentes de um terceiro ordenamento como mediação: é novamente o caso do direito internacional, que serve também como mediador nos conflitos entre dois ou mais ordenamentos nacionais.¹²⁸

D) Relação atribuída unilateralmente por um ordenamento a um outro do qual é dependente: quando o ordenamento nacional determina que em determinados fatos (criminais, cíveis, etc) o órgão competente para julgar é de outro país encontra-se neste caso, típico do direito internacional privado. Por exemplo, o direito penal brasileiro determina quando determinado crime deve ser julgado pela justiça brasileira ou de outro Estado nacional.¹²⁹

E) Relação de sucessão entre mais ordenamentos: observa-se o que diz o autor:

[...] um ordenamento pode ser relevante para um outro porque se transfundiu nesse último, cessando a sua existência por si, mas

¹²⁷ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 163.

¹²⁸ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 163.

¹²⁹ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 163.

determinando a estrutura daquele em que se compenetrar. Esta relação entre dois ordenamentos dá lugar a problemas muito graves. Tão graves que a mais recente doutrina, devido à dificuldade de resolvê-los, frequentemente os negou, negando a relevância jurídica de tal relação de sucessão.¹³⁰

Trata-se do caso em que um ordenamento é internalizado por outro, passando a existir no interior deste último, sem antes deixar de transformá-lo. Esta relação pode ocorrer totalmente ou parcialmente. O ordenamento da família, por exemplo, cada vez mais está sendo internalizado pelo ordenamento estatal, assim como tantos outros aspectos da vida diária. A relação de sucessão ocorre quando um ordenamento cessa sua total ou limitada independência para se condicionar a outro ordenamento. Das cinco relações esta provavelmente é a mais problemática.

Não apenas o conteúdo delimita a relevância de um ordenamento para outro ordenamento. Os efeitos provocados por um ordenamento podem demandar atitudes, tomadas de posições de outros ordenamentos.¹³¹

Em geral a eficácia de um ordenamento se exerce dentro do âmbito do próprio ordenamento, mas pode ocorrer o caso de seus efeitos influenciarem outro ordenamento.

A) A primeira hipótese é aquela referente a quando entre dois ordenamentos há uma relação de subordinação. Neste caso é evidente que o ordenamento superior delimita as ações do ordenamento inferior. É o caso da relação entre o ordenamento estatal, no direito contemporâneo, para com o ordenamento de uma empresa pública. A decisão tomada pelos poderes do Estado modifica os rumos tomados pela própria empresa pública. A empresa pública possui seu ordenamento, mas os efeitos que ela deve obedecer são decididos não somente pelo seu ordenamento interno, mas também pelo ordenamento superior do Estado.¹³²

Neste caso a subordinação é total, não havendo problemas de

¹³⁰ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 164.

¹³¹ Seção baseada em ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 180-210.

¹³² ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 183.

compreensão. Mais complexa é a situação da subordinação parcial. Pensa-se, por exemplo, na relação entre o ordenamento da Igreja para com o ordenamento do Estado em um regime confessional, ou ainda da União para com um estado-membro num Estado Federal, ou mesmo das decisões de cortes jurídicas internacionais para com os Estados nacionais. Neste cenário o complexo ordenamento jurídico da União Europeia e a relação com os ordenamentos nacionais apresenta problemática instigante.

B) Eficácia referente a ordenamentos independentes, mas que aceitam influência um do outro em determinadas questões. É o caso das relações dos ordenamentos nacionais, quando se delimita os efeitos de sentenças que interferem em ambos os domínios. Aqui discutem-se questões como extradição, efeitos de sentenças jurídicas em outro país, etc. Quando um ordenamento nacional aceita que, em determinados casos, a decisão cabe a outro ordenamento nacional, trata-se de uma relação de independência entre ordenamentos jurídicos.

C) Eficácia referente a ordenamentos pressupostos uns dos outros. É o caso dos efeitos provocados por tratados internacionais, que somente geram efeitos se forem aceitos, recepcionados pelo ordenamento nacional.¹³³

D) Eficácia referente a ordenamento extinto, mas que segue influenciando ordenamentos futuros. É o caso de quando um Estado anexa outro. Em geral o novo Estado passa a impor suas normas ao Estado anexado, que deixa de existir como poder autônomo. No entanto, pode ocorrer de que o Estado anexado receba o direito de seguir legislando em várias temáticas conforme as legislações antigas, de quando era independente.¹³⁴ Observa-se isto, por exemplo, na relação da Federação Russa com a Chechênia, que hoje integra o território russo, mas que possui ampla autonomia legislativa, quando comparada a outros membros da Federação Russa.

Até aqui falou-se de relações oficiais entre ordenamentos jurídicos, isto é, de quando um ordenamento aceita ser limitado, no todo ou em parte, por outro

¹³³ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 185.

¹³⁴ ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 183..

ordenamento. O Estado nacional, quando adere a tratados internacionais, aceita ser limitado, parcialmente, pelo ordenamento do direito internacional, ao menos no que aborda aquele tratado internacional. Já a empresa pública é um ordenamento totalmente subordinado ao ordenamento estatal. Enfim, parcialmente ou totalmente delimitados, são relações oficiais entre ordenamentos jurídicos.

Mas existem os casos, e são múltiplos, de que uma relação dentro de um ordenamento não-estatal possa gerar obrigação entre seus membros, e tais obrigações provocarem efeitos na vida social localizada no interno do ordenamento estatal. Romano chama tais obrigações por 'naturais', distinguindo-as das obrigações plenamente estatais. Como elucidação, observam-se alguns exemplos:

A) O ordenamento interno da família pode gerar obrigações entre seus membros. É verdade que muitas delas estão sendo transferidas para o domínio do ordenamento estatal, como o dever de assistência. No entanto, em várias nações africanas e asiáticas ainda existe a figura do dote, por exemplo, em que a família da noiva paga determinada quantia financeira à família do noivo. O fato dos ordenamentos familiares mais e mais serem internalizados pelo ordenamento estatal não exclui a realidade de que por tantos séculos eles produziram efeitos sociais e econômicos na vida comunitária, ainda que não fossem reconhecidos pelos ordenamentos estatais.

B) O ordenamento das inúmeras igrejas cristãs, que exige dos seus membros o pagamento de dízimos e outras obrigações. Estas não são reconhecidas pelo ordenamento estatal, mas de fato são reais e demasiadamente influentes no seio das vidas comunitárias de cada igreja.

C) Ordenamentos internos de qualquer instituto privado, ou mesmo de instituições não reconhecidas pelo Estado. Uma casa de jogos, por exemplo, ainda que ilícita, na visão estatal, gera obrigações pecuniárias a seus membros. As sociedades secretas, criminosas, também geram obrigações entre seus membros, e tais transações financeiras depois perpassam a vida econômica social. O crime de lavagem de dinheiro é um fenômeno se situa no limiar, na transição entre dois

ordenamentos, o estatal e da sociedade criminosa, uma forma de fazer entrar no ordenamento estatal determinada quantia financeira oriunda de outro ordenamento.

É necessário lembrar que quando o Código Penal de qualquer Estado nacional decide criminalizar especificamente quadrilhas ou sociedades criminosas de algum tipo, como fez a Itália no combate à máfia, constata-se que o ordenamento estatal está produzindo dispositivos legais visando enfrentar diretamente determinados ordenamentos. Estas relações podem vir, inclusive, a se tornarem menos inimistas, como se vê recentemente na tentativa de acordo de paz entre o governo colombiano e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia - FARC.

Romano informa que a lista é apenas exemplificativa. Quando transporta-se a problemática para a contemporaneidade pode-se indagar os efeitos gerados por contratos privados não submetidos a qualquer Estado nacional, como ocorre no famoso mundo da *lex mercatoria*, ou das decisões tomadas por câmaras de arbitragens dentro de instituições financeiras. São decisões tomadas por ordenamentos não estatais, mas cujos efeitos financeiros serão sentidos na vida interna do Estado. Além disso se poderia discutir no âmbito do direito comunitário europeu como se dá tal aplicação, pois neste contexto não há clara hierarquia entre os ordenamentos da UE e seus Estados-membros.

Enfim, a exposição é realista. Ou seja, não cabe dizer se, em determinado caso, é direito do ordenamento estatal interferir ou não em outro ordenamento. Isto é assunto para a política jurídica, para os juristas, políticos de cada época e lugar. Por exemplo, se um partido político expulsa um de seus membros, é lícito ao tribunal estatal obrigar tal partido político a readmitir o membro? É evidente que isto obedecerá as legislações nacionais que regulamentam a autonomia e os limites dos partidos políticos, pois estes são ordenamentos com autonomia limitada ao ordenamento estatal. Esta discussão é incumbência dos atores de cada tempo e lugar. O que se está dizendo, e isto parece irrefutável, é que tal problemática equivale a dizer: “tem o ordenamento estatal direito de interferir no ordenamento do partido político? Se sim, até quais limites?”.

Tarantino¹³⁵ lembra que são três as novidades de Romano para a teoria do direito. As duas primeiras são bem conhecidas e já foram sintetizadas aqui, quais sejam, a teoria da instituição e a teoria do pluralismo dos ordenamentos jurídicos. A terceira é menos célebre e vem descrita nos primeiros textos do autor, mas condensadas em *L'Ordinamento Giuridico*. Trata-se da teoria da necessidade, que insere o elemento do dinamismo capaz de explicar as transformações dos ordenamentos jurídicos. De que modo é possível compreender porque nascem, mudam e morrem as instituições? Que forças concretas participam deste processo? A teoria da necessidade é apresentada por Romano como o fundamento primeiro do direito, de onde o direito extrai sua verdadeira força de existência. É também ela que, abruptamente, utilizando as substâncias da vida real, é capaz de modificar ou extinguir um ordenamento existente. A dificuldade de muitos autores no processo de atualização de Romano para o cenário contemporâneo está justamente no fato de ignorarem a participação fundamental da teoria da necessidade em sua sistemática. A teoria da necessidade, movida pela realidade de cada circunstância, pode dar origem a novas instituições, ordenamentos jurídicos, ainda que em lógica distinta daquela em que se estrutura o modelo estatal.

Apresenta-se a teoria da necessidade na sequência, que será recuperada no capítulo final, quando se demonstrará de que modo ela é capaz de servir de ponto de partida para se compreender as transformações em ato.

2.3 A TEORIA DA NECESSIDADE

Tarantino¹³⁶ defende que em Romano é possível identificar, além das famosas teorias da instituição e do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, descritas pormenorizadamente nas duas partes de *L'Ordinamento Giuridico*, uma terceira teoria, a da necessidade como fundamento primeiro do direito, tanto daquele escrito

¹³⁵ TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. Milano: Giuffrè, 1976.

¹³⁶ TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. p. 4.

como do direito não-escrito, e que inclusive possa ser considerada a primeira e preliminar às duas mais famosas.

Esta teoria da necessidade se encontraria esparsa em diversos textos do autor, e presente em praticamente toda a sua trajetória bibliográfica, dos escritos de juventude aos *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, sua última obra em vida. Para Tarantino, porém, é possível vislumbrar a abordagem definitiva da teoria da necessidade já no período que termina em 1909 com o discurso pisano.

O enfrentamento destes primeiros textos, limitado aos aspectos diretamente vinculados à teoria da necessidade, permitirá a percepção de que existe coerência na evolução do pensamento romaniano, e de que a teoria da instituição, e por corolário também a do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, estão intimamente ligadas à teoria da necessidade.

Mais importante, é a teoria da necessidade que oferece o elemento de dinamismo na abordagem romaniana, que explica como o ordenamento é capaz de transformar a si mesmo no decorrer da história. Desse modo, a teoria da necessidade oferece subsídios para possível aplicação da visão de Romano ao cenário contemporâneo.

O objetivo com esta seção é apresentar o elemento que pode explicar, com base em Romano, por qual razão a realidade pode exigir a substancial modificação das instituições jurídicas. Portanto, se as antigas categorias formalistas estruturadas em uma hierarquia consolidada de normas são insuficientes para apreender a realidade contemporânea, a própria necessidade pode mover os atores a operarem as transformações requeridas pelas circunstâncias. No caso da presente tese, a relação entre as premissas 'crise da soberania estatal (a ser desenvolvida adiante)' e 'teoria da necessidade' explicariam porque na ausência de poder estatal em determinadas áreas da vida transformadas radicalmente pelas sociedades hodiernas, em tais espaços vazios se daria o surgimento de novos tipos de ordenamentos jurídicos, ainda que em modelo tão distintos daqueles em que se ancoram o direito estatal. Um cenário fluído, flexível, cada vez menos dependente do tempo e do espaço, dá origem a instituições que seguem a mesma lógica, como é a

lex mercatoria globalizada contemporânea, baseada sobretudo em parcerias e contratos privados entre grandes empresas de cunho multi ou transnacional.

Os quatro textos da juventude que abordam o problema são: *Saggio di una teoria sulla legge di approvazione* (1898), *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902) e *Sui decreti-legge e lo Stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria* (1909). Não é essencial analisar todos os pontos de discussão dos textos citados, mas apenas aquelas passagens que tocam diretamente na questão da teoria da necessidade como fundamento do direito.

No primeiro dos textos elencados Romano discute a natureza das leis de aprovação, se o Parlamento ou o órgão com poder de aprovar leis, tratados internacionais, atos perpetrados pela administração pública, orçamentos do governo, entre outros assuntos, praticaria um ato que consistiria na criação mesma da lei ou se apenas uma ratificação dela, ou qualquer outra hipótese. É certo que aquilo que aparece em cena não é simples discussão teórica sobre natureza das leis de aprovação, mas uma análise aguda da sistemática dos Estados modernos em seu jogo de equilíbrio entre os vários órgãos constitucionais¹³⁷.

Em geral, o poder de legislar é competência do Parlamento, mas deve-se verificar quais os limites do poder de legislar e quais órgãos teriam a competência para fiscalizar o ato legislativo. Ao mesmo tempo deve-se identificar quais outros órgãos, em situações especiais, teriam também o poder de legislar.

Romano defende que deve-se evitar de todas as maneiras a violação do poder ordinário do Parlamento no ato de legislar, pois isto abriria a possibilidade do arbítrio por parte de algum dos demais poderes e mesmo de feridas complexas na sistemática institucional do ordenamento como um todo.¹³⁸

¹³⁷ Para aprofundamento sobre o que Romano entende por órgãos constitucionais e seus poderes ver *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato* em *Scritti Minori Vol I*. ROMANO, Santi. *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950.

¹³⁸ "O fazer uso de um poder excepcional, quando não se traduz em um arbítrio, importa reconhecer a

Isto se torna mais evidente na mecânica dos Estados modernos, constitucionalmente regulamentados, que em geral não apresentam um órgão soberano com poder acima dos demais órgãos constitucionais, mas uma série de órgãos que coexistem com o mesmo grau de importância. Nenhum destes órgãos possuiria poder ilimitado, daí que a violação ao poder legislativo do Parlamento seria sempre risco para o funcionamento adequado do sistema constitucional moderno.

No entanto, aqui se fala de situações ordinárias, mas e quando ocorrem situações extraordinárias, casos em que os remédios comuns do ordenamento constitucional podem ser insuficientes para resolver os problemas imediatos que afligem o Estado?

Além disso, de resto, deve-se dizer que a proibição de se servir de poderes excepcionais não pode ser absoluta, mas deve somente ser interpretada como princípio de bom governo, ou melhor, como tendência: na vida de todos os Estados surgem momentos em quais esse vem posto a dura prova e deve, para vencer, recorrer a todos expedientes, ou pior, que a proibição seria ainda a primeira a ser violada, com grave dano moral, ou mesmo material.¹³⁹

Aqui Romano começa a introduzir a ideia de necessidade, por hora mencionando situações extraordinárias em que as leis comuns dos tempos ordinários não são suficientes. Se nestes casos o Estado se recusar a impostar outras normas, outros regramentos, exigidos pela situação, as próprias circunstâncias forçariam os indivíduos a violarem as regras ordinárias. Para Romano, portanto, a adoção de normas extraordinárias nas situações de estado de sítio não seriam violações ao ordenamento, mas remédios extraordinários utilizados pelo ordenamento visando a própria sobrevivência. No entanto, para Romano o Parlamento ainda teria o poder de ratificar ou não a instauração temporária de um estado de sítio por parte do poder executivo, seja por uma questão de guerra civil, conflito bélico com forças estrangeiras, ou mesmo de catástrofes naturais ou outros casos que a realidade vir a apresentar. Ainda que esta discussão sobre a ratificação

existência de um grave perigo para o Estado ou um defeito do seu ordenamento institucional: assim seja em uma situação ou outra se terá por efeito uma diminuição da confiança da parte dos cidadãos diante daqueles que não podem protegê-los e administrá-los com os meios ordinários e legais, e um mal exemplo para o futuro". ROMANO, Santi. Saggio di una teoria sulla legge di approvazione. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 103.

¹³⁹ ROMANO, Santi. Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 103.

em casos extraordinários soe como fetichismo da legalidade, é necessária por um tipo de convicção jurídica comum que permeia os Estados modernos.¹⁴⁰

Em síntese, o Parlamento, no cumprimento de sua incumbência, não poderia aprovar leis e atos emanados de outros órgãos quando estes violam a constituição e o ordenamento jurídico em geral, no entanto, os decretos e demais normas instituídas pelo executivo e demais poderes em situações extraordinárias não deveriam ser vistas como ‘violações às leis ordinárias’, mas exatamente como remédios extraordinários, indispensáveis para salvaguardar a própria sobrevivência do Estado. Ainda assim, seria essencial a ratificação do Parlamento para instauração do estado de sítio, sob risco de violação ao ordenamento e garantia de que as regras ordinárias voltem a prevalecer assim que a normalidade retornar ao cotidiano daquele Estado.¹⁴¹

Neste primeiro texto, portanto, os ordenamentos de necessidade aparecem ainda timidamente como situações excepcionais, de urgência, momentos extraordinários, como um conflito militar, civil, catástrofe natural, que exigem do Estado soluções extraordinárias. Ou seja, a própria situação forçaria o Estado a criar determinadas normas especiais para aquele caso. Tais normas, então, não seriam fundadas num pacto democrático, no respeito às normas ordinárias, nos costumes ou em qualquer outra fonte comumente citada para o direito, e sim na própria necessidade, como um tipo de força que impele o sujeito a agir em determinada situação sem ter condição de se recusar a fazê-lo. Isto porque a pena ao desrespeito às normas excepcionais que se fundamentam na necessidade seriam a própria ruína do Estado naquele conflito grave particular vivenciado.

¹⁴¹ Neste parágrafo Romano delinea detalhadamente o seu raciocínio de que porque, mesmo nos casos excepcionais, nos Estados modernos seria necessária a ratificação do Parlamento para instauração de normas que violam as leis ordinárias: “Da conveniência da ratificação por parte do Parlamento para todas as ordenanças de necessidade ou de urgência, não é mesmo lícito discutir. Eliminadas, como temos superiormente feito, as objeções de índole jurídica que se opunham e que se fundavam sobre uma maneira, segundo nós, errônea de entender a relação que passa entre as competências ordinárias e aquela extraordinária ou excepcional, a ratificação se torna oportuna para as considerações que agora fizemos e que é inútil repetir. Se considera talvez como uma superesticação ou uma espécie de fetichismo este respeito que os nossos tempos têm, ao menos aparentemente, pela lei e pela legalidade”. ROMANO, Santi. Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 104.

Quatro anos mais tarde Romano ampliaria a importância de sua teoria da necessidade, agora inserindo-a como possível fundamento de ordenamentos constitucionais. Trata-se de texto audacioso, que pretende demonstrar que mesmo transformações radicais em um Estado, inclusive se forem contrárias ao ordenamento constitucional vigente, podem ser consideradas jurídicas, portam consigo o germe de um novo ordenamento constitucional. Em linhas gerais, o autor se propõe a debater nos seguintes termos:

Na vida de todos os Estados, surgem, a intervalos mais ou menos longos, momentos de crise, não menos interessantes para o historiador e o político que para o jurista, em quais todos ou alguns dos princípios fundamentais do direito público vigente, perdem bruscamente, em um modo ou outro, o seu império, não por via de um processo previsto pelo ordenamento, mas por forças superiores ou contrárias ao direito até então em vigor: novas formas estatais ou governamentais sucedem aquele que assim vem a ser destruído, seja por obra dos elementos que a esta destruição cooperaram, seja por obra de elementos estranhos. São exemplos, tanto comuns quanto característicos e expressivos, que reentram - salvas diferenças que são logo notadas - nestes casos, aqueles do golpe do Estado, da revolução popular, da intervenção de um Estado estrangeiro.¹⁴²

Não se trata, para Romano, de tomar posição ideológica acerca dos fenômenos em si, afinal para o autor é sempre o conceito que deve se adequar à realidade, e não o contrário, e sim de observar como surgem tais ordenamentos e de onde extraem sua fundamentação. A observação de que os Estados modernos atravessam periodicamente momentos de crise e que tais crises impelem a mudanças radicais no próprio ordenamento é utilizado por Romano para argumentar de que existem forças maiores que impulsionam a reforma do direito positivo, forças que transcendem as opiniões subjetivas e convicções doutrinárias. Tais forças, como se verá, estão erradicadas na ideia de necessidade.

Portanto, tentar aqui remeter a Romano um tipo de defesa a movimentos de golpes de Estado ou revoluções não parece ter vez, já que a constatação do autor é meramente fática. Revoluções como a francesa e a russa derrubaram ordenamentos anteriores e colocaram no lugar novos ordenamentos, em vários

¹⁴² ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 34.

pontos opostos aos antigos, de modo que cada transformação radical em um Estado, independente de ideologia, comportará em um novo ordenamento, ou ao menos transformação considerável do anterior. Estudo este que em geral é restrito a cientistas políticos e historiadores, mas que Romano tenta encontrar os conceitos adequados para circunscrevê-lo inteiramente nos limites da ciência jurídica.

Romano apresenta a faticidade como fundamento de tais ordenamentos, argumentando que é infrutífero debater se haveria aqui violação ao direito anterior, pelo fato de que o novo Estado que está por nascer contém em si a ideia de um novo direito, de um novo ordenamento inclusive constitucional.

A formação de um novo Estado ou de um novo Governo, em si mesma considerada e isolada, digamos assim, da série dos fatos que a preparam e a constituem, importa necessariamente a formação de um novo direito. Se um Estado ou um Governo efetivamente existe, e isto quer dizer que existe também um direito que o funda e o deriva: este último é um elemento tão essencial do primeiro que um não pode sequer ser concebido separado do outro. Se da existência do direito se duvida, se duvida também da existência do Estado ou de seu Governo.¹⁴³

Partindo de uma visão institucionalista do direito, portanto, não há como conceber que um Estado ou Governo se estabeleça sem que exista já ali a ideia de um novo direito, de um ordenamento que estruture aquele novo Governo. Inclusive para determinado grupo organizar um processo de Golpe de Estado demonstra que contém em si outra ideia de Estado, outra ideia de direito, que confronta o ordenamento anterior e talvez inclusive queira eliminá-lo, abrindo espaço ao desenvolvimento do próprio ordenamento. Não faz sentido o processo revolucionário distribuir poderes, criticar a estrutura anterior, revogar leis, criar novos decretos, e assim por diante, sem que exista por baixo uma ideia de direito, independente da ideologia que a sustente.¹⁴⁴ Para Romano, além de toda teoria, é o fato, a realidade concreta, que fundamenta o novo direito.

¹⁴³ ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969. p. 92

¹⁴⁴ "Este axioma fundamental, que constitui um aspecto bastante óbvio do outro que reconhece a qualidade e a eficácia de direito somente ao direito positivo e fecha o caminho para a pesquisa de um outro direito que transcenda os domínios deste último, deve se ter presente não apenas quando a instauração do novo ordenamento constitucional é realizada com um procedimento jurídico, mas

É verdade que o direito pode se desenvolver do direito, por via de sucessivas modificações e extrinsecações, mas pode também ter uma formação, digamos, originária, emanada diretamente das exigências e das necessidades da vida social, que antes não existiam ou as quais o regulamento não era jurídica, representando em outros termos a transformação em direito do fato.¹⁴⁵

Ou seja, neste caso é uma nova exigência da vida social que fundamenta o novo direito, um novo fato que antes não existia e que por isto não dava nascimento a um novo direito. É por isto que este novo ordenamento será, via de regra, originário, porque não deriva de nenhum outro e fundamenta a si mesmo a partir da dimensão fática da vida social.

Romano cita Vittorio Scialoja para introduzir brevemente um conceito de necessidade como fundamento do direito:

[...] um direito tácito, fundamental, imediata emanação das forças sociais ordenadas [...] que deriva diretamente daquela necessidade dos homens e das coisas, que é a fonte primeira do direito, no qual o direito que governa as leis e todo o direito escrito tem a sua base.¹⁴⁶

Romano utiliza Scialoja para distinguir a necessidade do conceito de consuetudine, demonstrando que a necessidade não se baseia numa repetição de determinados atos e comportamentos, em algo fixado tradicionalmente ao longo do tempo, mas de algo bem mais imediato e poderoso, que é a exigência atual da vida social para melhor regulamentar a si mesma.

No entanto, recorrer à dimensão fática e às exigências sociais pode sugerir a impressão de que Romano está apenas auferindo que qualquer golpe de Estado, revolução ou processo de modificação de governo seria consequência de uma exigência das forças sociais. Pois de fato, isto abriria a possibilidade de justificar que qualquer indivíduo ou grupo que tomasse o poder, por qualquer motivo, teria a justificativa plausível na teoria da necessidade.

também quando tem lugar com um simples procedimento de fato". ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 92.

¹⁴⁵ ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 92-93

¹⁴⁶ SCIALOJA, V. apud Romano, Santi. ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969.p. 94.

Isto não se confirma, conforme Romano:

A transformação do fato em um estado jurídico se funda sobre a necessidade, sobre a correspondência aos desejos e às exigências sociais. O sinal, exterior caso se deseje, mas seguro que esta correspondência efetivamente exista, que não seja uma ilusão ou algo artificialmente provocado, se observa na suscetibilidade do novo regime de conquistar a estabilidade, a se perpetuar por um tempo indefinido.¹⁴⁷

Portanto, Romano é ciente de que tal teoria, se indevidamente invocada, poderia dar guarida inclusive a tomadas de poder artificialmente orquestradas, sem qualquer correspondência com exigências sociais daquele momento. O que diferencia um verdadeiro novo Estado de uma tomada de poder artificial, ou seja, o que fundamenta a juridicidade do novo ordenamento, tornando-o não mero fato mas também jurídico, é a capacidade do novo Governo de se estabelecer, do novo Estado de se perpetuar, o que indicaria que em alguma instância há correspondência com os anseios sociais. De certo modo isto antecipa a característica das instituições como tendente à perpetuação, como um dos aspectos mais importantes da teoria da instituição em *L'Ordinamento Giuridico*. Com isto Romano distingue o nascimento de um novo ordenamento de meras imposições violentas de poder ou agitações das massas, que ainda que se frutifiquem por breves períodos não possuem raízes para garantir a permanência da instituição.¹⁴⁸

A presença das exigências sociais, da força da vida social, na instauração do novo ordenamento é o que fundamenta tal movimento como jurídico. Daí que para Romano não faz sentido falar em 'legitimação' de um Estado, pois cada Estado,

¹⁴⁷ ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 97

¹⁴⁸ “[...] odem existir supremacias que imponham com a força, ordenamentos que parecem, a governantes improvisados ou a massas exaltadas, constituídos e que ao invés não o são e que talvez inclusive não o sejam nunca, mas nunca novos Estados ou novos governos. Esses - e isto é implícito nos próprios conceitos - não podem ser passageiras criações que se formam e se desfazem aos caprichos dos homens - esses são os resultados de inumeráveis forças e de procedimentos que possuem raízes seculares na história”. ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 97. As ações caprichosas de indivíduos e grupos visando o poder até alcançaria, talvez, sucesso por breve estágio, mas dificilmente resistiria sem que houvesse junto a influência destas forças sociais. Sem a participação das exigências sociais que emanam da necessidade nenhum ordenamento pode se manter.

sendo instituição originária, 'legítima' a si mesmo a partir da existência própria, da dimensão fática.¹⁴⁹

Importante notar novamente que a abordagem de Romano no presente texto analisado é restrita ao âmbito do direito constitucional. Romano concorda que da perspectiva do direito internacional, que regulamenta a comunidade internacional dos Estados, é legítimo que determinados Estados que não preencham certos requisitos não sejam reconhecidos como Estados competentes a serem incluídos em todos os atos da vida internacional. No entanto, isto é apenas a perspectiva do direito internacional em relação àquele Estado específico. Aquele Estado, diante do próprio ordenamento, é existente e fundado juridicamente. O que se deve fazer, na perspectiva de Romano, é verificar qual instituição está sendo utilizada para analisar determinado ordenamento. Da ótica do direito internacional há ordenamentos legitimamente jurídicos e outros não, da ótica de um Estado específico outros Estados podem ser legítimos e alguns, não. E assim por diante. Mas não há sentido em utilizar a visão de determinada instituição como critério absoluto para analisar todas as outras instituições, porque isto significaria subjugar a realidade a uma ideologia, ou, utilizando termos romanos, a realidade a um conceito.

Concluindo a análise deste segundo texto percebe-se que aqui a teoria da necessidade já obtém relevo bem mais amplo, não sendo apenas fundamentação para ratificação da excepcionalidade dos estados de sítio em situações de alta periculosidade ao Estado, mas também pode ser o fundamento do surgimento de um novo ordenamento jurídico. E com o terceiro texto, analisado na sequência se notará que a visão de Romano sobre a necessidade como fundamento primeiro do direito já se encontrará estabelecida quase que em seus termos definitivos, ultrapassando a simples zona da excepcionalidade ou dos governos que nascem em movimentos revolucionários e violentos, mas o fundamento mesmo de qualquer direito, escrito ou não escrito, nascido por simples modificação de outras regras jurídicas ou de

¹⁴⁹ "O Estado nasce legítimo, não se legitima; mas, por efeito de tal nascimento, se legitima o processo da qual este deriva. Isto explica o vínculo de continuidade que intercede entre a formação definitiva do novo ordenamento e os estágios que a prepararam, entre a sua vida perfeitamente desenvolvida e a sua vida, digamos, embrionária". ROMANO, Santi. *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969. p. 102-103.

processos fáticos. Passa-se a adentrar, então, o texto *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*.

Neste texto Romano discute se existiriam limites, e quais seriam tais limites, ao poder legislativo exercido pelo Parlamento italiano, no período em que ele vivia. Romano concorda que nenhum órgão constitucional possui poderes ilimitados, de modo que a atuação parlamentar pode e deve ser vigiada pelos demais poderes, em especial o Judiciário. O Parlamento não pode legislar contra a própria estrutura do ordenamento jurídico, criando leis ou alterando leis que claramente sejam infrações a leis superiores.

No entanto, também aqui Romano apresenta situações que poderiam exigir do Parlamento uma atuação mais decisiva e imediata, e que impelido pelas circunstâncias, seja obrigado a adotar medidas excepcionais, que em momentos normais seriam consideradas violações às leis ordinárias.

Por necessidade, pretendo identificar com tal palavra, adotada em sentido técnico, aquela necessidade que é a fonte primeira do direito, daquele direito que emana imediatamente e diretamente das forças, de modo tão categórico, explícito, certo, de não permitir que entre as necessidades sociais que determinam a norma jurídica e a declaração desta última se coloque a atividade racional dos órgãos competentes a esta declaração.¹⁵⁰

Argumentação ousada, mas que apresenta pela primeira vez, de modo completo, o conceito romaniano de necessidade. Diferente dos textos anteriores aqui a necessidade é vista como a fonte primeira do direito, daquele direito que emana diretamente e imediatamente das forças sociais, ou seja, não se trata de um direito voluntário, racionalizado, debatido, mas um direito impelido pelas próprias circunstâncias e exigências sociais. O aspecto involuntário de tal direito se torna mais explícito com a parte final do parágrafo, quando Romano assevera que a necessidade que determina a norma jurídica é tão categórica que impede a atividade racional dos órgãos competentes sobre tal necessidade, de modo que eles apenas executam aquilo que é emanado das raízes que constituem a sociedade.¹⁵¹ É por

¹⁵⁰ ROMANO, Santi. *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 236.

¹⁵¹ “A necessidade, assim entendida, não é um pressuposto da *regula iuris*, mas é esta mesma direito, no sentido que este é um produto imediato e, por assim dizer, de primeiro grau; o legislador não faz

isto que a necessidade não seria pressuposto da norma jurídica, mas ela seria em si mesma, direito, de tal modo que as normas jurídicas seriam apenas produtos desta força anterior.

É certo que também aqui se poderia discutir, como na obra anterior, se tais exigências não poderiam ser manipulações de indivíduos e grupos de poder, sobretudo quando se traz tal pensamento para uma época como a atual, em que os meios de comunicação, potencializados pela internet, possuem o poder de alcançar a consciência de praticamente qualquer cidadão. No entanto, cabe aqui também o argumento levantado antes, um movimento que não está ancorado nas necessidades sociais dificilmente conseguiria se estabilizar temporalmente.

Além disso, no conceito de necessidade é possível compreender, a tal fim, também certas manifestações salientes e impetuosas da consciência pública, que reclamam uma reforma em qualquer parte da vida constitucional do Estado. Neste caso o legislador tem uma parte por enquanto diferente e mais livre: a opinião pública pode impor-lhe que uma reforma se introduza - e aqui se limita o elemento da necessidade, ao qual ele obedece - mas por força da sua própria natureza não está em grau de sugerir-lhe e precisar-lhe as modalidades da reforma em si mesma.¹⁵²

Nos casos em que a opinião pública se torna força relevante dentro do jogo político, mas que ainda não é acompanhada totalmente pelas necessidades sociais, o Parlamento se mantém com ao menos parte de sua liberdade decisória, podendo acatar totalmente ou parcialmente o clamor público sobre a necessidade de mudança em alguma matéria qualquer. No entanto, ainda que o Legislador seja compelido a aceitar a mudança, não será a opinião pública a ditar tópico por tópico como tal mudança será efetivada, de modo que este processo será evidentemente executado pelo Legislador. Ou seja, entre o clamor da opinião pública, aceitação do Legislador e redação final da alteração legislativa tenderá a haver imprecisões e algumas contradições. É daí que o clamor social visando corrigir alguma matéria pode acabar, na redação final da lei, gerando novas problemáticas.

mais que observá-la e consagrá-la, não naquele modo largo, com ampla liberdade, com o qual, comumente se diz, ele não inventa, mas acolhe e declara o direito que emana da consciência geral, mas em um modo, por assim dizer, coativo, que exclui a sua mediação intelectual, pessoal". ROMANO, Santi. Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 236.

¹⁵² ROMANO, Santi. Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 236-237.

Compreende-se como nesta matéria se está nas fronteiras da norma jurídica, que não pode ter sua rigidez e uma precisão absoluta: o grau de necessidade, a sua natureza, os limites entre os quais essa deve adequar-se não podem ser determinadas com critério a priori. Parece, todavia, que consistência jurídica tenha aquele preceito que proíbe aos órgãos legislativos a declaração de novo direito que não seja motivada em uma necessidade, entendida aqui no seu primeiro, mais restrito, como no segundo, mais largo, dos sentidos, os quais já acenados.¹⁵³

Portanto, há dois sentidos utilizados por 'necessidade' no mesmo parágrafo. O primeiro é categórico, objetivo, fonte primeira do direito ao ponto de não permitir racionalização por parte dos poderes constituídos. Evidentemente tal situação costuma ocorrer somente em períodos cruciais da história de cada povo, quais sejam, a necessidade de nascimento de novo ordenamento, uma revolução, um estado de sítio provocado por outras forças, etc. A situação é crítica ao ponto de não deixar margem de escolha ao legislador, ou ele atende às forças da necessidade ou acabará permitindo a ruína daquela própria sociedade.

Já o segundo sentido, aquele da opinião pública, é bem mais largo e subjetivo, pois se tratam de reivindicações específicas, que ainda não visam transformar radicalmente o Estado. Aqui, o legislador ainda possui maior ou menor grau de liberdade decisória, e é da relação desta liberdade com o clamor social que surgirá o produto final, que é a alteração normativa, podendo ela ser mais ou menos coerente com a opinião pública, e ainda fazer aparecer outros problemas. Quando se discutir o discurso pisano acerca da crise do Estado moderno percebe-se que a maior parte das reivindicações populares manifestadas nas associações profissionais, cooperativas, entre outras agremiações, eram fenômenos emanados da necessidade neste segundo sentido, e que poderiam ou não, totalmente ou parcialmente, serem acolhidos pelos poderes constitucionais, mas que o resultado deste processo influenciaria de modo funcional ou não o futuro daquele Estado.

Por fim, o quarto texto mencionado, sobre o estado de sítio decretado após os terremotos que atingiram as regiões de Messina e Reggio-Calabria, que sendo sete anos posterior ao último texto comentado, já apresentam uma visão

¹⁵³ ROMANO, Santi. Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 237.

consolidada e refletida da teoria da necessidade, sobretudo quando se recorda que foi feito quase que simultaneamente ao discurso pisano sobre a crise do Estado moderno.

Neste texto a discussão é acerca dos decretos-régios (decretos-leis que instituíram o estado de sítio nas regiões de Messina e Reggio-Calabria, após a ocorrência do terremoto). A questão gira em torno se seria lícito declarar estado de sítio como resposta a um cenário provocado por catástrofe natural, e se até que ponto seria justificável reduzir liberdades individuais mesmo nestes casos, que em tese visariam a reconstituição da ordem pública nas localidades atingidas.

Romano concorda que a legislação vigente não previa fundamentação para tal decreto, mas que este poderia encontrar sua base no conceito de necessidade.

Verdade é que não se pode esquecer um princípio que parece de senso comum, este inclusive acolhido no aforisma tornado vulgar: 'necessitas non habet legem'. A necessidade do qual nos ocupamos deve se conceber como uma condição de coisas que, ao menos de regras e em modo realizado e praticamente eficaz, não pode ser disciplinada das normas precedentemente estabilizadas. Mas se esta [a necessidade] não tem lei, faz lei, como diz uma outra expressão usual; aquela que deseja dizer que constitui essa mesma uma verdadeira e própria fonte de direitos.¹⁵⁴

É evidente que não há sentido em uma lei disciplinar a necessidade, pois esta surge exatamente como força maior, movida pelas circunstâncias e pelas exigências sociais daquele contexto. Daí que mesmo uma lei que visasse regulamentar a necessidade poderia vir a ser superada por um novo estado de necessidade. É com base neste raciocínio que Romano defende a tese de que a necessidade não tem lei, mas faz lei, pois ela seria a fonte primeira do direito. No caso, o contexto das regiões atingidas pelo terremoto tornam-se exemplo para demonstração deste raciocínio, pois independente das leis que vigorassem, a própria necessidade exigia a adoção de determinadas medidas, sem as quais a ordem pública não poderia ser restabelecida.

¹⁵⁴ ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 362.

Não obstante, é importante notar que na sequência Romano assevera que a necessidade não é fonte de direito apenas nestes casos excepcionais, mas a primeira e verdadeira fonte de todo o direito, de modo que as outras fontes, como os costumes e a lei, não passariam de fontes derivadas da necessidade.¹⁵⁵

Assim quando se indaga o fundamento obrigatório de uma lei, tal fundamento procede de uma lei precedente que estabelece aos órgãos competentes a emaná-la e aos seus poderes. Mas é claro que nesta pesquisa devemos a um certo ponto parar e alcançar uma primeira lei, a qual terá sua força retirada somente da necessidade que a determinou.¹⁵⁶

Observa-se que Romano embrenha-se em cenário similar aquele adotado por Kelsen, mas ao invés de hipotetizar uma norma fundamental, que daria sustentação a todas as demais, o jurista italiano parte de que é a necessidade que na origem dá o ponto de partida de todo o ordenamento. De certo modo seria a necessidade que justificaria a reunião de forças individuais em determinado empreendimento comum, que daí daria nascimento a um corpo social ou instituição, individualizado de seus membros, e capaz de regulamentar a si mesmo. Mas sem a necessidade nenhuma instituição pode vir a surgir.¹⁵⁷

Ademais, se a necessidade está na origem da instituição, ela também pode surgir em vários outros momentos cruciais da história daquela instituição.

E aquilo que se verifica no momento inicial de um determinado regime pode também se repetir, ainda que em linha excepcional e com caracteres mais atenuados, também quando este terá formado e regulado suas instituições fundamentais. Isto se pode verificar-se com uma certa condição de coisas que constitui uma manifestação explícita, impelente e categórica de desejos e de forças sociais, no sentido que desta emanam imediatamente e diretamente, sem incertezas e sem possibilidade de subtrair, uma norma obrigatória: é um fato que, por sua natureza, se apresenta com as características

¹⁵⁵ ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 362.

¹⁵⁶ ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 362.

¹⁵⁷ “E na necessidade se deve rastrear a origem e a legitimação do instituto jurídico por excelência, isto é, do Estado, e do seu ordenamento constitucional, quando este vem instaurado com um procedimento de fato, por exemplo, por meio de revolução”. ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 362. Aqui Romano retoma o assunto já devidamente explorado no texto dedicado à instauração de fato de ordenamentos constitucionais.

do direito, é a necessidade, primeira fonte deste último.¹⁵⁸

Ou seja, podem ocorrer momentos em que a necessidade reaparece com igual força, exigindo da instituição a tomada de decisões que muitas vezes comportam a transformação das próprias normas positivas dentro do ordenamento jurídico. O modo como a necessidade aparece nesta segunda hipótese é certamente distinto daquela da origem da instituição, pois aqui a necessidade impele o corpo social a rever determinadas normas, engrenagens e órgãos que constituem a instituição como um todo. Em ambos os casos, no entanto, é a necessidade que move e dá origem ao direito escrito, e não o contrário.

É corolário, para Romano, que em determinados casos a necessidade pode agir inclusive exigindo a não aplicação temporária de uma lei, ou a substituição provisória desta. Isto porque neste caso a necessidade atingiria uma norma, pequena parte do ordenamento, para proteger o ordenamento em sua integralidade contra forças que o ameaçam.¹⁵⁹

Romano não ignora que a lei enquanto manifestação escrita da organização social de um povo talvez seja o ápice do ponto de vista intelectual e racional da ciência jurídica. No entanto, isto não conduz ao raciocínio de que ela deva ser resguardada mesmo quando passa a ser obstáculo ao desenvolvimento social. Além disso, ainda que a lei seja manifestação jurídica mais racional, voluntária, restará sempre, para o autor italiano, como uma fonte secundária do direito, que somente poderia vir a surgir se em um momento lógico e histórico anterior houvesse a manifestação da necessidade a partir das exigências sociais.¹⁶⁰

¹⁵⁸ ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 362

¹⁵⁹ ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 363-364.

¹⁶⁰ “Que a necessidade possa vencer a lei deriva da sua própria natureza, e de seu caráter originário, tanto do ponto de vista lógico como do histórico. Certamente a lei hoje se tornou a mais culminante e geral manifestação da norma jurídica, mas se exagera quando o seu domínio se deseja estender para além do campo que lhe é próprio”. ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 364.

Daí resulta a conclusão de que o direito escrito jamais poderá excluir o não-escrito, sobretudo a dimensão não-escrita da necessidade.¹⁶¹

Neste discurso referente ao estado de sítio como resposta ao terremoto de 1908, portanto, Romano já apresenta visão completa do que seja a necessidade como fonte do direito, com seu caráter involuntário como uma força que provém das próprias exigências de sobrevivência do ordenamento jurídico em determinadas condições. Cada convívio humano que tende a se organizar como corpo social, isto é, como instituição, o faz, entre outros motivos, para se perpetuar, tentar garantir permanência temporal, o que somente é possível se a instituição for capaz de se individualizar de seus membros. Para Romano esta passagem não é feita racionalmente, voluntariamente, pelos membros da instituição, estes são muito mais conduzidos pela situação. Por isto que não se pode aceitar que a teoria da necessidade em Romano seja um tipo de discurso apenas situado em seu momento histórico, como um tipo de afirmação arbitrária do Poder Executivo, ou pior, um prenúncio de argumentos que favoreceriam a ascensão de regimes totalitários, isto porque foram pensados com bastante antecedência, e claramente permitindo medidas *contra legem* somente nas situações excepcionais. Sendo a norma escrita manifestação sofisticada e elevada do espírito humano, evidentemente que deve ser respeitada, no entanto, não haveria sentido em mantê-la mesmo quando ela se tornasse obstáculo à sobrevivência da própria instituição. Nesta situação, a necessidade surge com sua força involuntária provocando a mudança do cenário.

Já em 1909, portanto, a teoria da necessidade encontra-se praticamente consolidada dentro do pensamento romaniano. E como demonstração de que ela não seria apenas um breve raciocínio do jovem autor, fadada a desaparecer nos textos mais maduros, é necessário atentar-se ao fato de que ela se encontra sistematizada quase quarenta anos depois, no *Principii*, sem qualquer modificação substancial. Aqui, o conceito de necessidade ainda é essencialmente o mesmo

¹⁶¹ “[...] o direito escrito não pode jamais excluir o direito não escrito, e deste especialmente aquela parte que é a necessidade e que possui um grau tanto mais relevante que aquela *innata vis*, que de tal modo se reconhece também no costume”. ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 364. O grifo na expressão latina referente a ‘força inata’ é de Romano, o que ressalta a característica primeva e imediata da necessidade.

conforme tratado nos textos de juventude, que recém foram discutidos. Observa-se a conceituação oferecida nesta obra:

Uma última fonte de direito não escrito é, se bem já não seja muito controversa, a necessidade. Esta implica uma exigência explícita e impelente de de necessidades sociais, que impõem uma determinada conduta de defesa das instituições vigentes. Esta diferencia-se do costume por maior energia que determina a sua afirmação improvisada, sem que ocorra um período de tempo mais ou menos longo para ser consagrada, e gora conquista o caráter de norma jurídica quando se explica como exigência não puramente racional, mas institucional [...] ¹⁶²

E na sequência o autor prossegue citando casos já debatidos de sua utilização, como nos estados de sítio, de perigo público, etc, por diversos motivos. Em seção posterior da obra a necessidade retorna, agora de modo específico dentro do ordenamento constitucional, na função legislativa, como legislações urgentes e extraordinárias visando resolver problemas pontuais e imediatos, podendo ela se manifestar na forma de decretos-leis ou outros tipos de normas jurídicas escritas. A fonte de tais normas, no entanto, nestes casos de urgência e extraordinariedade, não é nenhuma norma escrita, mas a própria necessidade como direito não-escrito.

Por fim, a teoria da necessidade converge para o célebre princípio da realidade jurídica, anunciado por Romano em diversas passagens, inclusive ao início de *L'Ordinamento*, mas explicado mais pormenorizadamente em dois verbetes do *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, sendo eles intitulados 'Realidade Jurídica' e 'Mitologia Jurídica'.

Em diversos momentos de sua obra Romano assinala que o 'conceito deve se adequar à realidade' e não o contrário, sendo este princípio de realidade um dos fundamento de toda a sua visão do direito.

Romano afirma que 'realidade jurídica', expressão complexa e de difícil precisão, deve encontra correspondência em uma das três hipóteses a seguir:

[...] ou não depende, e estando em si, se coliga a este, com o qual não concorda nem contrata; ou é inserida no mundo jurídico a partir de uma diversa esfera de conhecimento, sem alguma modificação ou

¹⁶² ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milano: Giuffrè, 1945. p. 92.

transformação; ou, por fim, diverge, e a divergência pode ser maior ou menor e inclusive de natureza diferente.¹⁶³

Na sequência o autor examina as três possibilidades.

A primeira quer dizer que o direito cria a própria realidade a partir de elementos do mundo material. O direito, neste caso seria a alma e princípio vital que organiza a relação entre pessoas, coisas, criando do nada uma instituição a partir destas interações. Esta organização, que aqui pode ser entendida como ordenamento jurídico, corresponde à primeira hipótese de realidade jurídica, ou seja, a realidade que é jurídica porque criada pelo direito a partir dos vários elementos presentes no mundo. Sendo assim um Estado, a Igreja, o direito internacional, uma organização empresarial, são realidades jurídicas, porque existem enquanto criações jurídicas a partir da organização dos elementos que compõem tais instituições.¹⁶⁴

Romano acrescenta que este primeiro entendimento de realidade jurídica não corresponde apenas à ideia de instituição ou de ordenamento jurídico, mas também a 'singole posizioni o singoli rapporti'.¹⁶⁵ Isto significa que também uma relação contratual simples é realidade jurídica, pois organiza a interação entre dois ou mais indivíduos que buscam determinado escopo comum.

A realidade jurídica, neste sentido, não é ficção, nem abstração, mas realidade concreta, que presencia-se como organização dos elementos que existem no mundo e a partir desta organização gera uma regulamentação que impõe determinadas condutas e atitudes dos indivíduos envolvidos. Deste modo a pessoa jurídica não é mera abstração, ficção jurídica, mas consequência concreta do fato de que diversos indivíduos, forças, relações, interagem para criar, manter e desenvolver determinado corpo social, determinado ente que seja expressão da vontade daqueles que o compõem. A pessoa jurídica é entidade real jurídica, porque um Estado ou uma organização empresarial que se constituem com personalidade são distintos dos indivíduos que compõem tais entidades, daí que a personalização, ou

¹⁶³ ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1953. p. 204-205.

¹⁶⁴ ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 204.

¹⁶⁵ ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 205.

seja, individualização daquela entidade, é uma realidade concreta, criada pelo direito. Para Romano, sempre que se fala em realidade deve referir-se àquilo que existe, jamais à ficção, que conduz a raciocínios desprovidos de vínculo com o mundo real.¹⁶⁶ Desse modo o conceito de personalidade jurídica, por exemplo, não é abstração, mas consequência direta da organização de forças que compõem aquele ente, seja uma empresa, um Estado ou um partido político.¹⁶⁷

A segunda hipótese contempla a realidade jurídica como uma espécie de superestrutura que utiliza a realidade material, sem transformá-la, tentando, na medida do possível, apenas traduzi-la em regras formais, de modo que “un ordinamento sia tanto più perfetto quanto meglio si discosti da siffatte linee, al di là delle quali cadrebbe nell’arbitrario e nell’artificiale”¹⁶⁸.

Nesta abordagem os homens, as plantas, os animais, a morte, tudo isto existe enquanto realidade fática, natural, anterior ao mundo jurídico, e somente passam a integrar a realidade jurídica quando o direito toma interesse por tais assuntos, regulamentando-os em suas diversas normas. Neste caso a realidade jurídica é tão somente a realidade fática considerada pelo direito. A morte do ser humano é um fato natural, mas as consequências de como resolver a herança deixada pelo falecido, as discussões acerca de se teria ocorrido um homicídio e por quem, e assim por diante, são efeitos criados pelo mundo jurídico sobre a realidade fática.

Já a terceira hipótese é aquela em que o direito transforma ou ao menos ressignifica um fato concreto, conferindo a este outra natureza. Romano cita o exemplo da reprimenda dos pais aos filhos, que em sua finalidade pode ser a de corrigir determinado ato praticado pelo menor, mas que se feita com excesso é

¹⁶⁶ “Abstração e ficção têm, porém, isto de comum: que ambas devem se distinguir daquilo que é real. O abstrato, ainda que tenha por base o real, não é ele mesmo real. Todavia é muito frequente a afirmação que os entes sociais ou as instituições, no sentido o qual temos adotado esta palavra, são realidades, mas realidades abstratas, porque ideais, não materiais. Aqueles que afirmam demonstram não possui o exato conceito de abstração: as realidades que se dizem ideais daqueles que se dizem materiais, se são realidades, não são abstrações”. ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 208.

¹⁶⁷ ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 206-208.

¹⁶⁸ ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 211.

transformada pelo direito em abuso, permitindo inclusive a punição aos adultos. Neste caso, um ato é transformado pelo direito.

No entanto, o alcance crítico do conceito romaniano de realidade jurídica é compreendido quando se analisa o outro verbete, que para o próprio autor é o seu exato oposto, qual seja, o da 'mitologia jurídica', expressão que depois se tornaria célebre na exposição de Grossi.

Por mitos Romano entende aquelas tentativas de se expressar por imagens, realidades que não se conhece, e com o emprego de termos imprecisos acaba-se gerando sempre uma sensação de impotência de conhecer o objeto em questão. Desse modo, o mito é tanto aspiração ao conhecimento como também a expressão da dificuldade de acessá-lo. Ou seja, ainda que a explicação mítica aspire a compreender a realidade nunca a alcança completamente, e nesta contradição reside seu grande perigo, pois muitas vezes é a parte falsa do mito que acaba por prevalecer.

E não são os mitos religiosos aqui que interessam Romano, mas aqueles criados pela comunidade jurídica, que ainda que não alcancem dimensão popular muitas vezes acabam por influenciar a formação de conceitos jurídicos, mas por serem fictícios, sem vínculo com a realidade dos fatos, geram mais prejuízos que benefícios àqueles que o recebem.¹⁶⁹ Exemplos de mitos jurídicos oferecidos por Romano são conceitos modernos como de 'estado de natureza', 'contrato social' e 'vontade geral', que não encontram sustentação na realidade dos fatos, nem podem ser comprovados de maneira alguma, mas se fundamentam em doutrinas filosóficas,

¹⁶⁹ “[...] O mito jurídico pode se formar e se limitar dentro de um círculo mais restrito de pessoas, mas mesmo neste não é opinião singular ou isolada. Em si mesmo, é crença aceita por um número muito variável, mas sempre notável, de indivíduos que participam em um modo ou em outro da vida pública, ora ativamente, ora como espectadores que, todavia, julgam e avaliam a obra dos atores do ponto de vista das concepções e convicções humanas. E pode também ocorrer que o mito se mantenha circunscrito entre estudiosos, particularmente entre os seguidores de qualquer sistema filosófico. Política e filosofia são campos particularmente favoráveis à formação e afirmação dos mitos que interessam ao direito. As teorias que aproximam o mito à história e à filosofia podem, tal concepção, encontrar alguma confirmação: são mitos que se explicam na atividade prática, outros que se mantêm na esfera da pura especulação, e outros ainda que deste passam àquela e vice-versa. Não é sequer de excluir que artífices de mitos possam ser juristas, isto é, aqueles que deveriam ser em condição de julgar como tais [mitos] e recusá-los, ainda que não sejam muito infrequentes as teorias, formuladas por juristas que erroneamente acreditam extraí-las de um certo ordenamento jurídico como a este conforme, depois se difundem, pela mesma autoridade dos seus autores, conquistando o caráter de verdadeiros direitos”. ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 128.

ideológicas, originadas de abstrações que não convergem para os fatos. Ainda assim, tais mitos jurídicos podem ser desenvolvidos com tanta eloquência e logicidade que inclusive passam a ser integrados nas engrenagens do ordenamento jurídico, sendo expressos através de regras ou princípios. O fato de serem integrados a um ordenamento da realidade não significa que tenham perdido a origem mítica.¹⁷⁰

Romano sempre recorda a dupla dimensão do mito, que sendo tentativa de explicar a realidade sempre resta em parte falso, em parte verdadeiro. Desse modo alguns mitos jurídicos podem surgir não como expressões da falsidade, mas como tentativas genuínas de apreender determinada realidade que ainda não se possui clareza. Portanto, pode o mito jurídico surgir como antecipação de um conhecimento jurídico verdadeiro que se manifestará futuramente. Talvez hoje expressões como 'direito transnacional' apenas se relacionem à mitologia jurídica, pois o mundo dos fatos apenas presencia sementes de um suposto ordenamento jurídico transnacional em sua integralidade, no entanto, pode também ser o tipo de enunciado mítico que tenta apreender uma nova realidade que ainda a ciência jurídica não consegue dominar em sua inteireza.¹⁷¹

De modo mais evidente existe a evidência empírica de que o mundo está em transformação, de que as velhas instituições jurídicas e políticas erguidas na modernidade talvez já não sejam suficientes para organizarem uma sociedade civil cada vez mais globalizada, ou ao menos não sejam capazes no formato em que foram concebidas.

Os dados empíricos são devidamene visíveis para qualquer analista se omitir, como a *lex mercatoria* mediada a partir de contratos privados entre grandes corporações multinacionais, as ondas migracionais transnacionais que afetam diretamente a vida pública dos países de origem e chegada das pessoas em deslocamento, as organizações criminosas que cada vez mais se articulam para além das fronteiras nacionais, a velocidade e flexibilidade do mercado e do sistema financeiro de se desenvolver à margem da lógica lenta dos sistemas políticos, o

¹⁷⁰ ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 132-133.

¹⁷¹ ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 133-134.

espaço virtual da internet, que conecta pessoas de culturas e locais distantes, enfim, há traços em toda parte acerca de um mundo em transformação, muitas vezes incompatível com as clássicas estruturas do direito moderno.

No entanto, da evidência do dado empírico à formalização sistemática e conceitual de um direito capaz de lidar com todas estas transformações falta uma passagem científica nada simples, e é neste íterim que reside o risco da formulação de mitos jurídicos, da criação de conceitos que tentem apreender a nova realidade, mas que neste afã podem dar origem a falsas ideias que mais prejudicam que contribuem na compreensão de tais transformações em ato.

No próximo capítulo observa-se, a partir de Santi Romano, quais dados podem ser extraídos no assunto recém introduzido. Isto é, como o autor siciliano pode auxiliar no entendimento mais realista das transformações em ato? Ainda que há quase um século de distância defende-se que Romano tenha bases conceituais capazes de oferecer o ponto de partida para compreender a crise da soberania dos Estados nacionais, uma crise permeada por movimentos da própria realidade, originadas muitas vezes da necessidade, que para ele seria o fundamento primeiro do direito, mas que pela dificuldade dos juristas em traduzi-las em conceitos capazes de serem integrados aos ordenamentos, acabam ficando à margem, mas muito vivas na realidade concreta, gerando efeitos em toda parte. Entretanto, como se verá, Romano não defendia o fim do Estado, pois a lógica de uma instituição maior que harmonize os interesses parciais parece necessária para a convivência entre todos, daí que não caberia falar em término do Estado, mas sim em atualização do Estado para os novos tempos.

Demonstrado que conceitualmente é impossível defender a supremacia do Estado como único produtor do direito, o que obriga o estudioso a aceitar que o modelo atual não passa de apenas mais um modelo de direito e de Estado, não absoluto, não definitivo, não sagrado, cabe agora analisar se ele ainda é funcional como instrumento para captar a realidade contemporânea, cada vez mais capaz de escapar, contornar o sistema estatal. Ou seja: é o modelo consagrado capaz de enquadrar uma realidade sempre mais global, transnacional, complexa e fragmentada?

No próximo capítulo apresenta-se a teoria romaniana acerca do Estado e sua crise, para na sequência passar à análise de como esta abordagem pode servir de ponto de partida para compreender as transformações em ato na contemporaneidade.

O surgimento dos novos ordenamentos não se explica somente com a teoria da necessidade, mas exige também a compreensão da crise da soberania estatal.

CAPÍTULO 3

A SOBERANIA DO ESTADO E SUA CRISE EM SANTI ROMANO

3.1 O ESTADO EM ROMANO

Compreender a noção de Estado em Santi Romano é tarefa que exige o perscrutamento em diversos de seus textos. Primeiramente, é importante introduzir os elementos gerais que, para o autor, formariam o conceito de Estado, conforme apresentado em sua obra *Principii di Diritto Costituzionale Generale*.

Tal obra, evidentemente, possui escopo bastante específico, qual seja, delinear as linhas mestras do Direito Constitucional, não sendo, portanto, obra de Teoria Geral do Direito, como é o caso de *L'Ordinamento Giuridico*. No entanto, o conceito de Estado é, primariamente, para Romano, vinculado justamente à ciência jurídica do Direito Constitucional, daí a importância de partir de tal obra para o presente estudo.

Romano inicia o capítulo dedicado ao conceito de Estado auferindo que a primeira e genérica noção de Estado deve pôr em evidência a ideia de Estado como 'instituição', no "sentido de ente ou corpo social"¹⁷². Isto é:

[...] o Estado não se conclui nem em uma pluralidade de indivíduos, nem em uma ligação ou uma série de relações entre indivíduos. Este é uma unidade estável e permanente; possui uma existência em si mesma objetiva e concreta, exterior e visível; tem uma organização ou estrutura que absorve os elementos mesmos como suas relações, em modo que não perde a sua identidade, ao menos sempre e necessariamente, por singulares modificações de tais elementos¹⁷³.

Percebe-se, de antemão, que tal noção preliminar está intimamente vinculada à concepção institucionalista do autor. O Estado é instituição, e não pode ser resumido à relação de interdependência entre os indivíduos que o compõe, pois se assim o fosse, não teria o Estado a capacidade de persistir existindo ainda que com a transição de gerações de indivíduos. O Estado consegue manter sua

¹⁷² ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 47.

¹⁷³ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**.p. 47.

identidade mesmo com a mudança de indivíduos que o integram. O Estado, tal como qualquer instituição, em sua origem nasce a partir da associação de indivíduos, mas a partir de sua organização passa a existir em si mesmo, independente dos indivíduos que lhe originaram. Para Romano, portanto, o Estado é entidade real e concreta, existente na realidade jurídica.

[...] o Estado é um ente real, mas a sua realidade é dada unicamente da positividade do ordenamento jurídico que nele se concretiza; uma verdadeira e própria organização porque assim é cada ordenamento jurídico¹⁷⁴.

Romano discorda que o Estado seja um ente biológico ou psíquico, submetido às mesmas leis físicas e químicas que sofrem todos os indivíduos enquanto seres humanos. Desse modo, não se pode conciliar a visão de Romano com a abordagem de Durkheim, por exemplo, pois o sociólogo francês tenta enquadrar as diversas manifestações de organização social dentro de uma lógica das ciências naturais, seguindo o conceito de fatos sociais, enquanto que para o jurista italiano o Estado é real e concreto, mas uma existência exclusivamente jurídica, sem conexão com as leis estudadas nas ciências naturais. O Estado não é um organismo vivo que nasceu e um dia morrerá.¹⁷⁵ É certo que o Estado pode vir a desaparecer, mas isto por diversas causas que nada possuem de relação com as ciências naturais.¹⁷⁶

Ainda contra esta noção naturalística de Estado, Romano esclarece que ainda que este possua “un corpo esteriore e visibile, perchè consta di elementi materiali che appaiono fra di loro collegati, ma non esso stesso un elemento materiale, nel significato naturalistico della parola”¹⁷⁷.

Há elementos materiais visíveis do Estado, como o sistema penitenciário, as forças armadas, os diversos departamentos do Poder Público, mas o Estado em si mesmo transcende todos estes elementos materiais. O Estado não é a soma de todos os elementos materiais que o integram, mas a organização jurídica que origina

¹⁷⁴ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 48.

¹⁷⁵ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 48.

¹⁷⁶ O Estado pode desaparecer por vir a ser integrado em outro Estado, por uma revolução, golpe de Estado que o transforma totalmente, entre outras razões.

¹⁷⁷ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 48.

e mantém todos estes elementos materiais e tantos outros imateriais. O Estado transcende os elementos materiais que se subordinam a ele.

Da mesma forma as teorias opostas, que negam ao Estado qualquer realidade, apresentando este como mera ficção, abstração intelectual, são refutadas por Romano:

[...] não é nem uma ficção nem, como é a opinião difusa entre aqueles que sustentam a sua realidade, uma abstração, já que por via de abstração se poder chegar a um conceito genérico de vários objetos que se consideram reunidos por suas características comuns, mas não à percepção de uma nova, efetiva realidade.¹⁷⁸

O Estado não pode ser mera ficção ou abstração intelectual, porque ainda que imaterial, é um ente que organiza a realidade, juridicamente, sendo sua existência percebida concretamente por todos os indivíduos que o integram. Se fosse mera ficção ou abstração não teria a capacidade de transformar a vida das pessoas que vivem dentro de sua lógica.

Em síntese, de antemão é necessário entender o Estado como instituição, ou seja, ente ou corpo social, enquanto existência real, parte da realidade jurídica. O Estado é organização jurídica, de onde reclama sua positividade, sendo percebido materialmente, mas em si mesmo é entidade imaterial, pois transcende todos os elementos materiais internos a ele.

Entretanto, esta noção é comum a qualquer ordenamento jurídico, sendo constatada também na família, na Igreja, na organização empresarial, no partido político, etc. É o momento de apresentar os elementos específicos do Estado, que diferenciam esta instituição de qualquer outra existente enquanto realidade jurídica, segundo a visão de Romano.

A) Primeiro elemento indispensável é a existência de governo, aqui entendido em sentido amplo, capaz de abranger as várias formas de governo presenciadas ao longo do tempo, ou seja, cada Estado deve apresentar indivíduos que servem, ao menos temporariamente, como governantes. Devido a este fato Romano elenca o Estado como 'instituição autoritária', sendo esta qualquer

¹⁷⁸ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 48.

instituição que possua um indivíduo ou grupo de indivíduos encarregado com a função de governar os demais e a própria instituição como um todo. É certo que o poder deste governante depende de Estado para Estado, variando desde um governo despótico, uma monarquia absolutista até um regime democrático com elevado controle de limitação dos poderes dos representantes eleitos pelo voto popular. Ainda assim, todos eles possuem poderes mais elevados sobre a coisa pública que o restante da população.¹⁷⁹

O oposto das instituições autoritárias seriam as paritárias, como é o caso do direito internacional em que, ao menos teoricamente, cada Estado possui igual direito em relação aos demais membros.¹⁸⁰

Em segunda classificação Romano insere o Estado entre as instituições autônomas, que governam a si mesmas, ao menos parcialmente, em oposição às instituições não-autônomas, governadas por indivíduos de outras instituições.¹⁸¹

B) Segundo elemento essencial é o território, que não deve ser entendido como o limite de ação do Estado, como se este pudesse agir somente dentro das próprias fronteiras. O Estado é entidade territorial, com capacidade de agir e impactar diretamente locais externos aos próprios geográficos.

A delimitação territorial, desse modo, serve para individualizar e tangibilizar o Estado em sua real existência, de modo que a partir do próprio Estado este pode ser diminuído ou acrescido, dividido, etc.

Este argumento depois apresenta inúmeras especificidades, pois existem territórios ocupados simultaneamente por mais de um Estado, existem territórios dentro do próprio Estado que se regem por outros ordenamentos, entre outros tópicos. Momentaneamente basta esta definição inicial.¹⁸²

¹⁷⁹ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 49.

¹⁸⁰ Ou seja, aqui a sociedade internacional entendida teoricamente, e não do ponto de vista da realidade, onde, obviamente, há Estados com mais protagonismo que outros, seja do ponto de vista econômico como militar, tecnológico, geopolítico, etc..

¹⁸¹ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 50.

¹⁸² Para maiores aprofundamentos na questão 'território' em Santi Romano ver o escrito do autor incluído na obra Scritti Minori: 'Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato'. Neste texto

C) Terceiro elemento é a povo. Por povo Romano não se refere à soma dos indivíduos que integram, ao mesmo tempo, o Estado, mas a coletividade destes indivíduos, que persiste a mesma ainda que com a modificação dos indivíduos concretos. Portanto, povo não é a quantidade de pessoas que vivem em determinado território, mas a coletividade que envolve tais pessoas. Importante esclarecer que Romano, neste ponto, não tenta definir povo a partir de caracteres étnicos, sociais, históricos, tradicionais, se resumindo a apresentar o povo enquanto coletividade que vive, integra e se subordina à lógica do Estado que o envolve¹⁸³. É devido à ideia de povo enquanto elemento essencial que Romano acrescenta que o Estado, além de ser ente e corpo social, é também comunidade, sendo este o termo que enfatiza a condição de povo como parte do núcleo do conceito de Estado.¹⁸⁴

Decorre também desta ideia a conclusão de que o Estado é uma instituição necessária e não voluntária, pois os indivíduos que nascem em seu território necessariamente passam a integrar o corpo social do Estado. Aqui o jurista italiano critica as teorias contratualistas, que partem de uma noção atomística de que o indivíduo optaria por viver em sociedade ou no Estado. Existem instituições voluntárias, como as empresariais, os partidos políticos, associações esportivas, entre outras, mas o Estado não se encontra dentro desta lógica de livre associação.¹⁸⁵

Apresentados os elementos essenciais que compõem o conceito de Estado passa-se a abordar a visão de Romano do Estado enquanto ordenamento jurídico.

o autor apresenta o território como elemento do Estado, como uma de suas partes, a mais visível delas. Sendo assim, não se pode aceitar o argumento de que o Estado teria direito sobre seu território como se este fosse uma coisa, e sim um direito pessoal, que integra a personalidade do Estado. ROMANO, Santi. Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè Editore, 1990. p. 203-216.

¹⁸³ “Resulta, de fato: [...] que o Estado não se insere entre as comunidades familiares, ou parentais [...]. O vínculo que une os seus membros não é aquele do sangue ou da comum descendência, mas aquele da convivência em uma sede fixa e determinada, ao menos naquilo que se relaciona à maior parte da população”. ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 52.

¹⁸⁴ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 51-52.

¹⁸⁵ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 52.

3.1.1 O Estado enquanto ordenamento jurídico

Romano inicia esta seção retomando a sua abordagem de ordenamento jurídico, distinguindo-a da visão comum de seu tempo, que tendia a conceber o ordenamento jurídico como um sistema ou complexo de normas. Defronte a isto ele recupera seu conceito de ordenamento jurídico, no qual cada instituição:

[...] enquanto é um ente que possuía sua própria estrutura e organização e, então, uma ordem, um lugar mais ou menos estável e permanente, e reduz à unidade os indivíduos, além dos outros elementos que o compõem, conquistam diante destes uma vida própria, a mesma existência daqueles entes ou corpos sociais ou instituições, que se deseja dizer, já por si, determina a posição, a função e uma certa linha de conduta dos mesmos e de quem faz parte ou é dependente dele. Em outros termos, cada instituição é um ordenamento jurídico e cada ordenamento jurídico é uma instituição.
[...]¹⁸⁶

Desse modo o complexo de normas deriva da instituição, de todas as engrenagens organizadas em cada instituição, não sendo o complexo de normas o ordenamento jurídico em sua totalidade. É certo que as normas integram o ordenamento jurídico, e representam papel da mais alta conta nas instituições mais refinadas e modernas, no entanto, isto não afasta o fato de que são produtos do ordenamento e não o ordenamento em si mesmo, porque o ordenamento emana da própria instituição, do próprio corpo social, que com sua organização mais ou menos estabilizada gera as normas jurídicas. É por isto que mesmo instituições mais simples, que ainda não criaram normas de direito positivo são também ordenamentos jurídicos, porque nelas o complexo de normas ainda é latente, necessitando ser exteriorizado historicamente.¹⁸⁷

A explanação acima vale para qualquer instituição, entre elas o Estado, por isto:

Como cada instituição, assim como o Estado não possui, mas é um ordenamento jurídico. Se alguma vez se diz que o direito é a alma e o princípio vital dos corpos sociais e, então, do Estado, isto não se

¹⁸⁶ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 55

¹⁸⁷ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 55-56.

deve entender no sentido que o direito e os corpos sociais sejam duas coisas diversas, ainda que unidas, e ainda menos que o primeiro seja produto ou uma função do segundo, e se deve enfatizar a imagem daquele conceito que diz que um não pode se distinguir do outro nem materialmente nem conceitualmente, como não se pode distinguir, nem por vazia abstração, a vida do corpo vivente.¹⁸⁸

O autor enfatiza em *itálico* que o Estado não *tem* ordenamento jurídico, ele é um ordenamento jurídico. O máximo de abstração que permitiria a sentença 'a instituição possui um direito' seria permitida a partir da ideia de que o direito é alma, o princípio vital que anima as engrenagens da instituição. Deste modo o direito é alma que anima um corpo animado, este a instituição em sua totalidade. Ainda assim, este exercício é meramente abstrativo, pois na realidade não há como separar princípio vital do corpo vivo.

Outro ponto a esclarecer neste trecho é que quando o autor sinaliza que o direito não pode ser entendido como produto da instituição isto em nada contradiz a citação anterior. O complexo de normas é produto da instituição, mas não o direito em si mesmo, porque este é a alma da instituição, o princípio vital que fará os corpos e engrenagens da instituição se movimentarem, e daí darem surgimento às regras complexas e positivadas, no caso dos Estados modernos. O complexo de regras positivas é uma das formas de manifestações do direito, e não o direito em si mesmo.

Específico ao Estado não se pode concordar com as teorias que visualizam este como uma instituição não jurídica, mas criadora do direito, como se o Estado criasse o ordenamento jurídico mas fosse externo a ele. No campo do direito constitucional isto se torna mais evidente quando é a Constituição que determina os poderes de criação de normas e funcionamento do Estado, e não vice-versa. De certo modo é a Constituição que organiza as engrenagens do Estado, e não o contrário. Isto se torna mais evidente após processos revolucionários, em que a nova constituição reorganiza toda a legislação ao ponto de transformar o Estado existente de tal forma que este passa a ser um novo Estado. Mesmo as leis antigas

¹⁸⁸ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 56.

ainda que permaneçam em vigência passam a ser reinterpretadas conforme a nova constituição, tal como se fossem novas normas.¹⁸⁹

Tampouco se pode dizer que a constituição seja anterior ao direito, o que seria apenas aplicação da mesma teoria, somente trocando o termo 'Estado' pelo termo 'constituição'. A constituição é parte do ordenamento, nos Estados contemporâneos muitas vezes é sua parte mais importante, mas interna ao ordenamento, e não exteriora ou criadora dele. Sendo a parte mais importante do ordenamento é evidente que acabará influenciando drasticamente na condução, geração e transformação das demais engrenagens e normas que compõem o ordenamento como um todo.¹⁹⁰

A constituição não é anterior nem posterior, mas simultânea ao Estado. O que ocorre é que para o Estado se desenvolver exteriormente necessita de determinados degraus de movimento, e a Constituição, sobretudo no Estado contemporâneo, se torna um tipo de pedra fundamental que vai erguer as demais pedras do edifício do Estado. Mas o Estado enquanto organização já existia desde o momento em que estava sendo posta a Constituição, esta apenas reforça seu funcionamento. Citando o processo revolucionário, no decorrer dos acontecimentos já está sendo formalizada a nova instituição, ali já existe o novo Estado, a constituição, quando criada, será a peça que organizará as demais.

Sinteticamente finaliza o autor:

[...] O direito constitucional é aquela parte do direito do Estado, no qual melhor se revela a exatidão do conceito já brevemente acenado sobre a garantia do direito. A opinião comum que recoloca esta garantia em uma norma que deveria se fazer valer por um poder supraordenado aos sujeitos vinculados a esse ou em outra norma, a qual a primeira deveria sancionar, no campo do direito constitucional é manifestadamente inadmissível. Se a constituição é o ordenamento supremo do Estado, não é possível existir uma norma ainda superior que a proteja e, então, esta [a constituição] deve encontrar nos seus próprios elementos e abordagens institucionais a própria garantia: os freios dos poderes mais altos não podem ser exteriores, mas devem ser imanentes e conaturais a estes, operando em modo também

¹⁸⁹ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 57.

¹⁹⁰ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 57.

indireto, com coerções morais por vezes apenas preventivas.¹⁹¹

A ilogicidade da argumentação de que a Constituição está acima do Estado encontra-se no fato de que equivaleria a dizer que há algo acima da própria instituição. A constituição é parte da instituição, parte de importância central, mas interna à própria instituição. Isto significa que para funcionar o Estado enquanto ordenamento jurídico, não necessita de nenhum órgão ou instituição acima dele que o regulamente, pois interno a ele já há as várias engrenagens e normas que possibilitam o seu pleno funcionamento. O Estado regulamentado constitucionalmente é o Estado que se posiciona de um certo modo, qual seja, com uma Constituição racionalizada na qual se encontram os princípios que nortearão o funcionamento das demais normas.

Concluindo a seção Romano retoma o argumento do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, salientando que na visão institucionalista é inadmissível considerar o Estado como a única instituição do mundo jurídico. O Estado, enquanto instituição autônoma, tem o direito de não reconhecer as demais instituições como jurídicas, relegando-as a apenas dados fáticos da realidade.¹⁹² Mas isto seria uma abordagem do mundo jurídico a partir de um Estado específico, e não teoria geral do direito, capaz de abranger todo o mundo jurídico. Daí a conclusão do autor:

[...] em base aos dois princípios da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e da possível não exclusividade entre eles, o Estado deve ser considerado, e em regra se considera desse modo, não como o único ordenamento jurídico existente, mas como um entre os vários ordenamentos que constituem o mundo jurídico e entre eles se relacionam ora em coexistência sociável, ora em luta, ora ignorando-se entre si.¹⁹³

Por fim, é necessário analisar outro elemento da definição de Estado, o da

¹⁹¹ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 57-58.

¹⁹² “[...] O ordenamento do Estado, sendo [...] totalmente autônomo, pode não reconhecer aqueles que lhe são indiferentes e inclusive se contrapor àqueles que lhe são contrários: os primeiros não serão por isto jurídicos e os segundo serão inclusive antijurídicos, mas ambas as qualificações se verão, não a partir dos ordenamentos em si mesmos considerados, mas por suas eficácias em respeito ao Estado: fora da própria esfera, o juízo deste último não possui nem pode possuir qualquer valor, não somente prático, mas nem menos lógico”. ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 58.

¹⁹³ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 59.

soberania.¹⁹⁴

3.2 A SOBERANIA DO ESTADO

Santi Romano, para explicar o elemento da soberania do Estado, diferenciando sua visão das opiniões correntes, primeiro apresenta as noções gerais evocadas com o termo 'soberania', quais sejam:

A) Posição suprema ocupada por um indivíduo ou entidade, de modo que os demais entes estão todos abaixo e subordinados ao soberano;

B) Sendo soberana, esta entidade será também a única independente, com poder de governo, já os demais entes são todos com autonomia limitada ao soberano;

No que se refere ao Estado é necessário dizer que ele é soberano no sentido de que possui autonomia originária, pois a autonomia de regulamentar a si mesmo provém de si mesmo, e não de qualquer outro ordenamento. Isto é, na origem, o Estado pôs a si mesmo e daí retirou toda a organização social. Isto difere de ordenamentos jurídicos derivados, como é o caso de empresas públicas, derivadas do ordenamento jurídico do Estado.¹⁹⁵

Importante notar que soberania refere-se, conceitualmente, à esta autonomia originária, e não a uma condição existencial histórica. O argumento comum na contemporaneidade de que determinado Estado não é soberano porque encontra-se refém de interesses privados, por exemplo, serve apenas como constatação de que aquele Estado viu, historicamente, sua autonomia sendo

¹⁹⁴ Na sequência da obra o autor antes aborda o aspecto da personalidade jurídica do Estado, que seria continuação do próprio desenvolvimento da ideia de ordenamento jurídico estatal. O Estado, na medida em que tenta organizar toda a vida interna a ele, com suas diversas contradições, tende a assumir a posição de personalidade jurídica. O problema é que isto é típico dos Estados modernos, e mesmo assim, não presente em todos eles. A personalidade jurídica não é característica presente em todos os Estados, vez que exige a evolução do pensamento jurídico dos últimos séculos. Desse modo, para Romano existem Estados com e sem personalidade jurídica, ainda que a existência dela seja a continuação natural da própria ideia de Estado enquanto ordenamento jurídico. O tema da personalidade jurídica será resgatado em outro momento quando se passar à discussão de entes que, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, devem também ser reconhecidos como instituições e ordenamentos jurídicos. ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 59-64.

¹⁹⁵ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 68-69.

limitada por outros interesses, mas não muda o fato que na origem tal Estado possuía poder ilimitado de regulamentar a si mesmo. Todo Estado é soberano originariamente.¹⁹⁶

Outro aspecto a destacar é que tal soberania refere-se, exclusivamente, ao poder de regulamentação interna do Estado. Ou seja, internamente nenhum outro ordenamento é superior ao Estado. Externamente o Estado pode se limitar ao ingressar em uma confederação de Estados ou integrando os tratados de direito internacional, mas isto diz respeito à existência do Estado em outras esferas, ainda que surtam efeitos em sua vida interna.¹⁹⁷ A fórmula simples de Romano encerra toda a polêmica: “para o ordenamento estatal, o Estado é sempre soberano”.¹⁹⁸

O elemento da soberania é essencial, pois como se verá no próximo tópico dentro do espaço territorial do Estado existem ainda inúmeros outros ordenamentos jurídicos, como famílias, organizações empresariais, partidos políticos, fundações, movimentos sociais, etc. Quando se diz que o Estado é soberano em seu território, portanto, significa também que o Estado exerce poder superior a todas estas instituições e ordenamentos jurídicos. Daí que o fato de Romano conceder juridicidade a todas estas instituições não significa, ao mesmo tempo, que elas possuam autonomia similar ao Estado dentro do território estatal.

Por fim, Romano finaliza o capítulo sintetizando sua definição de Estado:

[...] é Estado cada ordenamento jurídico territorial soberano, ou seja, originário. Pelo término ‘ordenamento jurídico’, quando seja oportuno de se dizer mais explicitamente em vista de certos conceitos, pode-se constituirlo como equivalente, substancialmente, a ‘ente’, ‘comunidade’, ou ‘instituição’.¹⁹⁹

A partir da explicação introdutória do que seja o Estado, conceitualmente, para Romano, passa-se a abordar a relação do Estado com os demais ordenamentos jurídicos, tanto internos como externos a ele. Dois escritos menores serão essenciais para esta investigação, ‘*La crisi dello Stato moderno*’ e ‘*Oltre lo Stato*’.

¹⁹⁶ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 68-69.

¹⁹⁷ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 70-71.

¹⁹⁸ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**.p. 71.

¹⁹⁹ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**.p. 71.

3.3 A CRISE DO ESTADO MODERNO

Em 1909 Santi Romano foi convidado a realizar a conferência inaugural do ano acadêmico da Universidade de Pisa, discurso que mais tarde seria eternizado como um dos pilares mais célebres de todo o seu pensamento. É nesta conferência que se encontra sintetizada a sua visão acerca da crise do Estado moderno, de suas causas e de suas possíveis soluções.

Importante notar que embora fosse jovem Romano aqui já possuía delineada para si quase que na sua integralidade a teoria da instituição, ainda que esta viesse a ser publicada somente oito anos depois, na forma da obra *L'Ordinamento Giuridico*. Quem oferece esta informação é Vittorio Emanuele Orlando, naquela época mestre e provavelmente a pessoa mais próxima do jovem Romano. Portanto, o discurso pisano não é argumento isolado, mas dado que se concatena na miríade de intuições do autor.

Estado moderno nasce, para Romano, a partir da conflagração de diversos movimentos que se inter cruzam desde o fim da Idade Média, forças sociais que modificariam definitivamente a ordem tanto econômica como moral da sociedade. É sobretudo com as revoluções, que de modo violento transformam radicalmente as instituições, superando o panorama fragmentado do mundo medieval, em que as diversas esferas da vida social coexistiam em certa tolerância, sem que pudessem ser resumidas a um poder central. O Estado moderno surge como força maior acima dos interesses intermediários, sobrepondo-se a cada indivíduo e instituição como força soberana em si mesma, uma entidade distinta dos membros que o compõem. Para Romano, o princípio anunciado pelo Estado moderno é que:

[...] em relação aos indivíduos que o compõem e à comunidade que a compreende, é um ente que reduz a si a unidade dos variados elementos no qual consta, mas sem se confundir com nenhum deles, diante aos quais se ergue com uma personalidade própria, dotado de

um poder, que não decorre senão da sua própria natureza e da sua força, que é a força do direito.²⁰⁰

Isto é, o Estado nasce da consciência social que constitui a comunidade, mas eclode como unidade que contém em si tais individualidades, e como unidade é ente em si e por si, dotado de existência própria, capaz de transcender os indivíduos que lhe dão origem. E a força capaz de garantir esta transcendência histórica é o direito, o qual o Estado extrai de si mesmo, afinal nasce como organização social, como ordenamento jurídico. Na sequência resta mais claro o pensamento do autor:

Apenas assim esse [o Estado] supera a finita existência dos indivíduos, ainda que sendo composto por homens, se eleva acima dos interesses não gerais, organizando-lhes e harmonizando-lhes; põe-se na condição de organizar não apenas as gerações presentes, mas também aquelas futuras, religando em uma íntima e ininterrupta continuidade de tempo, de ações, de fins, momentos e energias diversas, dos quais é compreensiva e típica expressão.²⁰¹

É ao coligar as gerações atuais com as futuras (e também as passadas) que a ideia de Estado enquanto ente próprio e individualizado, distinto dos indivíduos que o integram, torna-se evidente.

Isto porque o Estado não nasce dos indivíduos atomizados, mas da consciência coletiva, da comunidade enquanto grupo social. E a comunidade é sempre uma entidade viva em si mesma, maior que a soma dos indivíduos que fazem parte contemporaneamente dela. Desse modo toda comunidade é instituição, porque organiza-se enquanto ente, portanto é ordenamento jurídico. E algumas comunidades organizam-se juridicamente como Estado, e mais especificamente como Estado em sua versão moderna.

Portanto é preciso cautela para não confundir as asserções romanianas. O fato do Estado ser entidade própria para além dos indivíduos deve-se ao fato de que o Estado não provém da relação de indivíduos isolados, mas da comunidade, da consciência coletiva. É uma comunidade organizada que torna-se Estado. Daí que

²⁰⁰ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 7

²⁰¹ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 7-8.

Romano em vários momentos critica a teoria contratualista que tenta resumir a origem estatal a relações interindividuais.

Não havendo real distinção entre o Estado e a comunidade a qual o organiza, é notório que o Estado enquanto ordenamento jurídico se modificará com a continuidade histórica, pois a consciência social se defrontará a novos problemas, novas circunstâncias, impondo novas necessidades, o que provocará medidas que inevitavelmente transformarão a própria estrutura do Estado, muitas vezes de modo radical. Ou seja, já aqui se evidencia a natureza dinâmica da concepção institucionalista romaniana.

O Estado é: “[...] [...] uma pessoa imaterial, mas também real; uma entidade não fictícia e imaginária, mas que, ainda que não possuindo corpo, alcança por meio de delicados e maravilhosos dispositivos jurídicos, a formar, manifestar e impor uma própria vontade”.²⁰²

O Estado não é abstração, criação fictícia da intelectualidade moderna, Romano aceita que no máximo pode-se conceder que alguns intelectuais intuíram algo que se formava historicamente na consciência social dos povos modernos. O Estado é produto real da história, é uma entidade imaterial, mas com partes visíveis e que reorganizam a estrutura da vida cotidiana.

Ademais, o que torna o Estado moderno uma instituição tão especial, aos olhos romanianos, é o fato dele, diferente da família, da empresa, do partido político, entre outros corpos sociais, conseguir harmonizar interesses particulares distintos num interesse coletivo. As várias partes da comunidade, muitas delas com realidades distintas, opiniões contrárias, estabelecem dialéticas que conduzem ao erguimento do edifício estatal acima dos interesses individuais.²⁰³

²⁰² ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969. p. 8

²⁰³ “O qual assim aparece e deseja ser não objeto de domínio, não órgão de uma classe, de um partido, de uma facção, dominante por direito de vitória ou de potência, mas uma síntese das várias forças sociais; a expressão mais alta daquela cooperação entre os indivíduos e os grupos de indivíduos, sem o qual não há sociedade bem ordenada, supremo poder regulador e por isto poderoso meio de equilíbrio”. Ou seja, o Estado moderno nasce como instituição capaz de superar os interesses fragmentados, impedindo que um grupo ou indivíduo controle o poder e determine a vida

É a partir deste ponto que se pode compreender o argumento da crise do Estado moderno no discurso pisano, crise que se desdobra em em uma face teórica e uma face histórica, concreta. A primeira diz respeito à doutrina do sindicalismo e de todas as outras similares, que variam de um corporativismo católico até o anarquismo, mas que em geral defendem a cooperação dos indivíduos em pequenas ligas profissionais, sindicalistas, para defender seus próprios direitos frente aos interesses do Estado como um todo²⁰⁴. Cassese, analisando o discurso de Romano, oferece ideia de como este fenômeno era vivaz naquele momento:

Em primeiro plano há o desenvolvido do sindicalismo. Em 1901 os sindicatos possuíam 200 mil inscritos, que passaram no ano seguinte a 500 mil. Em 1902 eram 27 federações nacionais de sindicatos. De 1902 a 1909 se registrou o crescimento do sindicalismo católico. Em 1910 os sindicatos católicos tinham mais de 100 mil inscritos, especialmente na indústria têxtil. Ainda mais importante a novidade constituída do crescimento do sindicalismo administrativo. Metade dos servidores públicos aderiram a um sindicato. Em 1903, as muitas federações de servidores se confluíram na Confederação dos empregados das administrações públicas e privadas.²⁰⁵

Para Romano, tais associações de profissionais em sindicatos e federações de sindicatos, o que abrangia inclusive o funcionalismo público, era sinal claro de o poder soberano do Estado em garantir a prevalência do interesse geral

social. No entanto, o próprio Romano é ciente de que tal instituição não é imune à tomada de poder por facções internas ao Estado: “Anche quando nella practica i suoi istituti si corrompono e degenerano, e l'inevitabile, permanente contrasto tra la forza oggettiva del diritto e la potenza arbitraria di chi detiene il potere tende a risolversi a favore di quest'ultima, rappresenta sempre un grande vantaggio e un grande progresso il fatto che tutto ciò non può considerarsi che come uno stato di cose che, lungi dall'essere consacrato e riconosciuto dall'ordinamento giuridico, si rivela a questo contratio”. Ou seja, mesmo o Estado refém de quem o governa apresenta o consolo deste fato ser exceção e contrária ao ordenamento jurídico, o que em tese, movimentaria as forças sociais a tomar decisão de modificar o panorama, seja pacificamente, seja de modo violento por meio de um processo revolucionário. ROMANO, Santi. *Lo stato moderno e la sua crisi*. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 9

²⁰⁴ “[...] o movimento que determina uma espécie de crise no Estado moderno [...] se multiplicam e florecem com vida orgulhosa e efetiva potência, uma série de organizações e associações que, em suas voltas, tendem a se unirem e se coligarem entre si. Esses se propõem a escopos especiais mais disparados, mas todos possuem um caráter em comum: aquele de reagrupar os indivíduos com o critério das suas profissões, ou melhor, de seus interesses econômicos. São federações ou sindicatos de operários, sindicatos patronais, industriais, mercantis, agrários, de funcionários, são sociedades cooperativas, instituições de mútuo, câmaras de trabalho, ligas de resistência, ou de previdência, todas constituídas sob o princípio indicado, do qual extraíam suas fisionomias coletivas”. ROMANO, Santi. *Lo stato moderno e la sua crisi*. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969.p. 12.

²⁰⁵ CASSESE, Sabino. **La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo**. Disponível em: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/La-prolusione-romaniana-sulla-crisi-dello-Stato-moderno-e-il-suo-tempo-CdS-30-novembre-3.pdf> .p. 3.

estava ameaçado. Além disso, recém nova doutrina jurídica fora publicada na França, que de certo modo oferecia a sustentação teórica a este movimento. Trata-se da doutrina de Léon Duguit, que defendia ser o Estado mera ficção teórica, abstração inexistente no mundo real, pois que convencionava-se por Estado não passaria de uma relação entre governantes e governados, sendo que os primeiros não possuem soberania sobre os segundos, mas apenas uma função pública momentânea. Desse modo, o ideal seria a crescente descentralização dos poderes governamentais no seio da sociedade.²⁰⁶

Não obstante, o que parece, num primeiro contato, simples reação conservadora de Romano a um novo fenômeno político que agitava seu tempo, revela-se observação criteriosa já na sequência do discurso:

Não se trata de um movimento artificial, galvanizado por doutrinas mais ou menos sedutoras: estas possuem uma contribuição em tudo secundárias, e as suas fontes principais estão na necessidade de uma mais ampla rede social. Necessidade geralmente advertida, que naturalmente toma consistência, segundo o endereço o qual procura satisfazer, mas que vem estimulada de todas as partes e por todos os partidos.²⁰⁷

Romano não pode se recusar a ver nas novas forças sociais aspectos ainda que minimamente espontâneos da necessidade comunitária de modificar a própria estrutura social, visando realização de determinados fins. Ainda que tais movimentos recebam influxos doutrinários, financeiros e políticos, não podem ser reduzidos a meras ideologias, pois sintetizam forças espontâneas que a própria sociedade move objetivando transformar as instituições atuais. Romano acrescenta

²⁰⁶ “E acima de tudo se poderia aqui acenar àquelas doutrinas que, prescindindo de qualquer finalidade política, e não visando mudar as atuais condições das instituições, desejam apenas exatamente descrever e definir, negando que o Estado [...] possa se considerar aquele entr abstrato, mas como constituído de uma própria individualidade e personalidade, que nós já revisamos. Este [o Estado, para estas doutrinas) não seria mais que uma inútil e supérflua ficção jurídica: a realidade, examinada de perto, se mostraria sempre uma contraposição entre governados e governantes, e o poder público se valeria, não apenas de fato, mas também juridicamente, em um número mais ou menos grande de pessoas físicas: no príncipe, nos eleitores, nos eleitos, e assim por diante”. ROMANO, Santi. *Lo stato moderno e la sua crisi*. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 9-10. Romano na mesma página acrescenta que não vê neste tipo de doutrina a causa da crise do Estado, mas nelas o perigo da justificação teórica dos movimentos concretos que, estes sim, estavam a implodir a ideia de Estado enquanto ente personalizado e individualizado, capaz de garantir o interesse geral.

²⁰⁷ ROMANO, Santi. *Lo stato moderno e la sua crisi*. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 12.

ainda que tais movimentos são bem recebidos pelos partidos políticos, que veem neles demonstração de 'vitalidade democrática', e que inclusive a Igreja Católica publicamente se posicionaria a seu favor com a encíclica *Rerum novarum*.

É desnecessário aqui adentrar em questões terminológicas que distingam todos estes movimentos, que variam desde matrizes cristãs até anarquistas, passando por várias correntes socialistas, sindicalistas, cooperarivistas, corporativistas, etc. O que interessa, para compreender a análise romaniana, é que todos estes movimentos possuem em comum a ideia de associar indivíduos a partir de seus fins comuns, em geral profissionais e econômicos, estimulando-os a reivindicarem socialmente, juridicamente e politicamente melhores direitos e condições de vida contra o governo e a sociedade em geral, o que inevitavelmente agrava os conflitos internos em um Estado erguido sobre a ideologia moderna liberal, que reduz as dialéticas àquela Indivíduo-Estado, desconsiderando as possíveis associações intermediárias que podem ser postas entre o indivíduo e o Estado. Para Romano é fundamental compreender como tais movimentos impactariam a estrutura constitucional do Estado de seu tempo e não discutir a validade intelectual das argumentações.²⁰⁸

E aqui surge a perspicácia romaniana: para além da fundamentação dos movimentos em questão eles atingem no âmago do problema de fundamentação do Estado moderno, escancaram sua insuficiência de organizar adequadamente as várias forças sociais que interagem em seu seio.

[...] Na sua própria afirmação, é implícito por necessidade lógica um pressuposto: a hodierna organização estatal, pelo fato de se sentir a necessidade de novas organizações, complementares a essa, se mesmo não contrárias, se demonstra porque assim mesmo insuficiente. De fato é a constatação antiga e também óbvia, que o ordenamento político que sucede a revolução francesa, - assim como cada um que seja produto de um desenrolar catastrófico - porte ainda em si o seu pecado original: aquele, isto é, de ser excessivamente simples. Fruto de uma reação levada às últimas consequências, este acredita poder negligenciar uma quantidade de forças sociais [...] considerando-as simples sobreviventes históricas, destinadas a

²⁰⁸ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 13.

desaparecer em brevíssimo tempo.²⁰⁹

Ou seja, os movimentos sindicalistas e corporativistas em geral atingiam o núcleo do ‘pecado original’ do Estado liberal nascido com a Revolução Francesa, que na ânsia de historicizar sua ideologia, tentou aniquilar ou ao menos desconsiderar as várias outras instituições que já haviam se sedimentado na vida social.²¹⁰ O Estado moderno subestimou a força da sociabilidade humana, capaz de estabelecer distintos tipos de vínculos, gerando distintas instituições. O Estado liberal desconsidera tais associações, resumindo tudo a uma relação de indivíduo com o Estado constituído como governo.²¹¹

E a sociedade é dinâmica, com suas forças espontâneas movendo-se continuamente em direções determinadas. A partir do momento que as regras positivas do Estado já não conseguem organizar satisfatoriamente a vida social é inevitável que a própria sociedade inicie a se movimentar por si mesma no destino de um novo tipo de organização, seja modificando o Estado atual ou transformando-o radicalmente.

Enquanto a organização do Estado moderno, no que concerne à sua afirmação como único poder soberano, não há dúvida que tenha fielmente acolhido a nova estrutura social, no entanto esta rapidamente se tornou deficiente ao não regular e nem reconhecer os agrupamentos de indivíduos, que são tão necessários em cada sociedade que alcança altos graus de desenvolvimento. Compreende-se que a vida social, que não foi nunca dominada por regras jurídicas, continuou a se desenvolver por sua conta, colocando-se em contraposição com um sistema não consoante a ela, ainda que talvez acentuando além do necessário tal contradição, e a luta que é a sua consequência.²¹²

²⁰⁹ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 13.

²¹⁰ Basta pensar no caso da Lei Chapelet, que tornou ilícitas as corporações de ofício, sistemas profissionais que vigoravam com relativa normalidade desde a Idade Média.

²¹¹ “Eliminadas e superadas companhias e corporações, reduzidas à mínima expressão incluído as Comuni, não se deseja outra coisa que não colocar apenas diante do Estado o indivíduo: o indivíduo em aparência armado de uma série infinita de direitos enfaticamente proclamados e com não custosa generosidade, mas no fato de que nem sempre possuem protegidos os seus legítimos interesses”. ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 14.

²¹² ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 14.

A vida social não é dominada pelas regras jurídicas, porque esta são postas pela vida social em sua mutação contínua, sempre defronte a novas exigências históricas. Se as regras estabelecidas não compreendem tais exigências²¹³, a própria sociedade força a transformação utilizando meios mais violentos, e aqui abre-se o risco de transformação além do necessário. Para Romano o direito sempre provém de forças involuntárias que emanam da própria consciência social, que nas sociedades mais desenvolvidas, devem ser manifestadas de modo mais ou menos racional pelos juristas e homens de Estado. Quando tais intelectuais não compreendem adequadamente as forças sociais e históricas tendem a construir regulamentações não totalmente coerentes com a exigências da comunidade enquanto corpo social, e esta fissura só aumentará caso medidas regulares não sejam providenciadas. Com isto Romano busca também responsabilizar o jurista a tentar captar as forças sociais, e a partir daí instrumentalizar teoricamente tais exigências no formato de leis, decretos, regulamentações, sentenças judiciais, o que varia conforme o ordenamento jurídico de cada Estado. Romano não defende posição sociologista, de que as normas positivadas, as leis em geral, não tenham poder nem privilégio, mas que se tais leis não forem continuamente modificadas tendo em vista as exigências sociais, seja hermeneuticamente ou com alteração via Poder Legislativo, a própria sociedade buscará outros meios de realizar seus fins.

Romano sintetiza o argumento nestes termos:

A crise então do Estado atual se pode reter que seja caracterizada da convergência destes dois fenômenos, sendo que um necessariamente agrava o outro: o progressivo organizar-se sobre a base de particulares interesses da sociedade que vai sempre perdendo o seu caráter atomístico, e a deficiência dos meios jurídicos e institucionais, que a sociedade em si mesma possui por fazer recuperar e valer a sua estrutura no seio daquele Estado. E tal deficiência se pode explicar o porquê destas associações e agrupamentos de indivíduos que, por sua natureza e por seus interesses, não deveriam se enfileirar contra o Estado, mas que ainda assim acabam fazendo causa comum com aqueles que propugnam uma radical e revolucionária transformação dos poderes

²¹³ Tal argumento será melhor desenvolvido mais adiante quando explorada a teoria da necessidade em Santi Romano, que para o autor é o fundamento primeiro de toda organização jurídica.

públicos.²¹⁴

O jurista italiano é objetivo em sua análise, há a combinação de dois fatores, sendo um a própria crise do modelo liberal iluminista que compreende a sociedade como aglomerado atomístico de indivíduos, todos isolados diante do Estado, e de outro a fragilidade dos meios técnicos disponibilizados pelo Estado moderno de acolher as reivindicações das novas tendências sociais e políticas, dos novos vínculos sociais que passam a brotar. Estes meios limitados, se não resolvidos satisfatoriamente, instigam inclusive aqueles indivíduos que, em geral, não se alinhariam contra o Estado, a se aliarem com aqueles que visam essencialmente a radical transformação do Estado. Importante notar que tais movimentos sociais, para Romano, são em si mesmo instituições, em si mesmos ordenamentos jurídicos, que se vitoriosos no processo de enfrentamento diante do governo atual tendem a modificar ou fundar um novo Estado, com novo direito.²¹⁵

E é no fim do discurso que a posição final de Romano é revelada, o que corrobora o que foi levantado anteriormente, com base no Principii, de que o Estado possui posição privilegiada em sua construção teórica, ainda que seja inevitável o pluralismo dos ordenamentos jurídicos.

[...] Um princípio que aparece a nós que resulta sempre mais exigente e indispensável: o princípio, isto é, de uma organização superior que contemple e harmonize as organizações menores nas quais vai se especificando. E esta organização superior poderá ser e será ainda por um longo tempo o Estado moderno, que poderá conservar quase intacta a aparência que atualmente possui. Isto por sua natureza substancial, não é já um instrumento de classe [...] tem a sua potencialidade de se afirmar como um organismo que supere os interesses parciais e contingenciais, que faça valer uma vontade que possa ser dita geral.²¹⁶

A preocupação de Romano não era puramente ideológica, acerca dos fundamentos dos movimentos e seus efeitos sociais e políticos gerados, mas o fato de tais movimentos, se não devidamente compreendidos pelos responsáveis por

²¹⁴ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 23.

²¹⁵ O argumento é devidamente explorado por Romano no verbete 'Revolução' do *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, onde é demonstrado que inclusive os movimentos revolucionários possuem ínsita uma ideia de direito capaz de evoluir objetivamente para um futuro ordenamento jurídico estatal.

²¹⁶ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 24-25.

administrar o Estado, tenderiam a ameaçar com erosão o próprio efício estatal, vez que impõem interesses parciais acima do geral. E este princípio é o único que Romano vê como indispensável, o princípio que garante que determinada instituição, acima das demais instituições que coexistem em seu interior, possa garantir a prevalência do interesse coletivo sobre os fragmentados. E no momento em que discursava, Romano entendia ser o Estado moderno a instituição ainda mais capacitada para tal função, se tanto que o mesmo abre a janela de que no futuro a situação poderia vir a ser modificada.²¹⁷

Portanto, não se trata de bloquear violentamente os movimentos, pois eles reivindicam algo que emana das forças sociais, qual seja, vínculos solidários mais próximos entre os membros da comunidade, vínculos capazes de garantir defesa de interesses similares diante de situações adversas. Por outro lado, se tais movimentos não forem acolhidos dentro da organização do Estado moderno, este mesmo poderia implodir, daí a ameaça trágica, pois sem uma instituição superiora restam apenas interesses parciais e conflitivos.

Estas reflexões serão recuperadas na parte final do presente trabalho, quando transportadas para o mundo globalizado e contemporâneo. É certo que Romano era avesso a exercícios de previsão, defendendo que o jurista deveria se limitar a compreender os problemas de seu tempo, e é certo também que o discurso pisano era estritamente um discurso de seu tempo, mas ainda assim é possível resgatar ali elementos teóricos que não são especificamente históricos, mas da teoria geral do direito em Santi Romano, e que por isto podem auxiliar na compreensão de problemáticas de nosso tempo. Fundamental é a atenção ao fato

²¹⁷ De Valles assinala conclusão similar: “Cada corpo social complexo torna perceptível no mundo exterior uma vontade, que nós concebemos como vontade do todo. Essa constitui o elemento de unificação dos corpos sociais complexos [...] não como organismos no sentido físico, mas como pluralidades objetivas, que se manifestam pela capacidade de dar um produto unitário. Isto vale para todos os corpos complexos; e culmina na concepção de Estado, a vontade que é reunião dos elementos de unificação social e de determinação do ordenamento jurídico. Acima do Estado não se encontra, ao menos no momento atual, algum ente que represente um grau mais elevado na organização social; porque a comunidade internacional, composta de Estados singulares, e não de indivíduos a estes pertencentes, não é um corpo complexo capaz de uma vontade própria e unitária. A vontade da comunidade internacional é somente aquela dos componentes singulares: falta então aquele elemento de unificação, que possa transformar a comunidade dos corpos simples em um corpo complexo.”. DE VALLES, Arnaldo. *La volontà dello Stato*. In: **Scritti Giuridici in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957. p. 31.

de que Romano se preocupava com o fenômeno de erosão interna do Estado, a a partir do surgimento de outras instituições que, se tais forças houvessem sido devidamente antecipadas pelo Estado, poderiam ser incluídas neste. Se ao início do século XX tal fenômeno se verificava com mais razão há de existir preocupação com os tempos atuais, quando se multiplicaram enormemente tais instituições, sendo que muitas delas já hoje possuem protagonismo transnacional, para além das dimensões dos Estados nacionais e mesmo do direito internacional entendido como puramente interestatal. Por outro lado, o princípio da salvaguarda do interesse geral acima dos fragmentados pode também ser recuperado para a contemporaneidade, seja mantida na esfera estatal ou em outras esferas que podem ser pensadas ou virem a surgir nos próximos tempos.

No entanto, antes há outros argumentos da visão romaniana a serem abordados. No próximo tópico a outra ameaça ao Estado moderno, agora focando em questões externas, quais sejam, o aumento de poder de outros Estados e o perigo que isto representa para os Estados com poder militar e econômico mais limitado.

Oito anos depois, pouco antes da publicação de *L'Ordinamento Giuridico*, Santi Romano faria outra importante conferência que enfrentaria, por outro ângulo, a crise do Estado moderno: *Oltre lo Stato*.

Aqui, no entanto, a abordagem vai aos fatores externos da crise²¹⁸, quais sejam, o aumento quantitativo e qualitativo de algumas grandes potências, que de certa forma já estavam deixando de ser Estados nacionais para passarem ser megaestados, no caso os Estados Unidos da América, o Império Britânico (que na época incluía diversas colônias ao redor, entre elas a Índia), a Rússia e o Japão, que recém se abria à comunidade internacional.

²¹⁸ A relação do argumento da crise por fatores externos como outra face da crise do Estado moderno é explicitada por Romano já no início do discurso: "Aquele que é dita crise do Estado atual poderia ser não apenas aquele fenômeno que, já notado no seu interior, efeito de forças desagregadoras, que não é o caso de acenar, mas também um fenômeno concernente às relações interestatuais.". ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 421.

Romano discutia até que ponto o surgimento destas potências²¹⁹ não colocariam em xeque todo o equilíbrio da comunidade internacional, arrastando os Estados menores a jogarem conforme suas vontades. Não sem razão ele inicia o discurso citando a I Guerra Mundial, que se desenrolava naquele momento, demonstrando que nela vários Estados ingressaram contra a própria vontade, mas diante da necessidade de defesa e sobrevivência foram forçados a participarem de grande conflito armado iniciado por interesses alheios.

Romano acena a autores germânicos clássicos como Schelling e Kant que, às suas maneiras, hipotetizaram conjecturas acerca do futuro da comunidade internacional. Kant, especificamente, publica a célebre defesa da paz perpétua, de que a humanidade como um todo estaria destinada no futuro a viver estado de harmonia entre as várias nações, em uma espécie de confederação mundial de Estados que acabaria por reduzir ou até eliminar a existência da guerra. O jurista italiano não segue o raciocínio kantiano, pois utópico e incerto demais, mas demonstra que a publicação de ditas obras denunciavam forças que já estavam se movendo, de que meios de garantir melhor relação entre as potências seriam necessários de serem pensados.

Os movimentos concretos históricos pareciam corroborar esta questão, pois Romano aborda o fato de já haver naquela época forte movimento nacionalista germânico visando criar um grande império na Mitteleuropa, que reuniria a Prússia e os vários reinos germânicos mais a Áustria, a Hungria e, num prospecto mais adiante, inclusive a Itália, a Suíça, França e outras nações europeias. Era evidente, para Romano, que este movimento se alinhava com a necessidade histórica de determinados povos se reunirem e se fortalecerem frente a novas grandes potências mundiais, estas já plenamente estabelecidas.²²⁰

²¹⁹ No *Corso di Diritto Internazionale* Romano apresenta as 'grandes potências' como aqueles Estados, que variam de tempo em tempo, que teriam maior capacidade de influenciar militarmente e politicamente os interesses da comunidade internacional. Ver *Corso di Diritto Internazionale*, ROMANO, Santi. **Corso di Diritto internazionale**. Padova: CEDAM, 1939. p. 104-105.

²²⁰ "A Grã-Bretanha, a Rússia, os Estados Unidos já em parte realizaram tal processo histórico: e isto é perigoso para outros Estados, os quais continuariam com cada via preclusa para expansão e desenvolvimento, mas veriam inclusive cortas as condições de existência das mesmas. Daí a necessidade urgente para a Alemanha de se organizar, sobre a base de uma união doganal, a Europa central dando vida a um novo gigantesco império econômico, capaz de se contrapor àqueles já

Se o processo de criação fática do Império Germânico na Mitteleuropa seria possível ou não, e por quais razões, Romano discute nas páginas seguintes, mas sem visar chegar à conclusão definitiva. O aceno a este assunto serve ao jurista apenas como demonstração de um movimento já presente no período, de fortalecer as instituições estatais a fim de sobreviverem ao surgimento das grandes potências.²²¹ Ao final do discurso Romano passa a tecer considerações gerais e mais frutíferas que podem ser extraídas dos tópicos levantados:

Que exista uma certa tendência à formação de algumas amplas estruturas superestatais, temos já reconhecido [...]. Porém, que isto se deve entender como tendência geral e de tal força que nenhum Estado poderá a esta se desvencilhar, em modo que seria necessário cedo ou tarde ser atraído à órbita de alguma destas organizações maiores, não parece que seja em nada provado.²²²

Romano reconhece, portanto, que existem forças se movendo no sentido de construção de superestados, talvez necessidade de alguns povos de competirem com maior protagonismo na comunidade internacional, mas discorda que daí se possa extrair o elemento de que todos os Estados precisem ser arrastados para dentro de tais superestados. Romano implicitamente informa que nem todos os povos parecem sentir a necessidade interna de formarem grandes impérios visando construção de espaços sempre mais amplos e poderosos, de tal forma que Estados menores ou até minúsculos poderiam continuar existindo, tendo eles também missões a cumprir, papéis a desempenhar na comunidade internacional.²²³

existentes". ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 425.

²²¹ O século XX se tornaria verdadeiro laboratório para esse tipo de discussão, pois de fato megaestados viriam a aparecer, como a União Soviética, a China, a Tchecoslováquia, a Iugoslávia, mas depois também se constataria o processo inverso de descentralização, com a fragmentação do mundo comunista no leste europeu, por exemplo. No entanto, o assunto é plenamente válido ainda hoje, bastando recordar que a União Europeia também se insere neste tópico, vez que, entre os seus vários objetivos, visa criar um mercado europeu comum, com moeda única, capaz de disputar o mercado mundial com outras grandes potências.

²²² ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 430.

²²³ "De outra parte, se até agora é percebida a coexistência de grandes Estados ou mesmo colossais e de Estados pequenos, até minúsculos, não se sabe porque a história futura não deva permitir que aqueles Estados singulares, que efetivamente terão uma própria arte a representar, uma própria missão a cumprir, e então uma verdadeira razão de ser, reste não absorvidos e não anulados nas maiores constelações que poderão ser formadas." ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 431.

Para Romano os tempos que se avizinhavam seriam certamente difíceis para os Estados, grandes ou pequenos, de tal modo que cada um precisaria buscar em suas próprias forças qual seria sua missão a cumprir, tanto para si enquanto instituição, como para a humanidade em sentido geral, de modo a encontrar um lugar onde se situar nos novos desenlaces da comunidade internacional. Romano chega a afirmar que não somente Estado, mas qualquer instituição que interrompesse o processo de desenvolvimento, terminaria fadada a perder sua importância ou mesmo a desaparecer.²²⁴ E é nestes termos que o autor encerra o discurso:

[...] Cada Estado, que não deseje ser condenado, deve demonstrar para além de seus termos materiais, que possui uma missão histórica, não apenas para os seus particulares interesses, mas também para a humanidade inteira. E para isto é necessário que se dê continuamente e manifestadamente sinais da própria energia: especialmente aquela energia moral, a qual nunca como hoje sentimos o seu altíssimo valor, para poder, completamente restituídos a nós mesmos, prosseguir sobre a vida de nosso destino. Também nós poderemos então, no sentido mais civil e humano, fazer nosso o motto: além do Estado.²²⁵

Romano, então, não afirma categoricamente nem que os Estados nacionais desapareceriam e nem mesmo que eles continuariam tendo o protagonismo e formato que possuíam em seu tempo. O que parecia provável ao jurista italiano, diante das forças que se moviam naquela época, é que haveria grandes transformações no modo como se relacionam e como se desenvolvem os Estados nacionais, de que alguns passariam a expandir e consolidar ainda mais seus poderes em relação aos demais. No entanto, o autor prefere terminar recorrendo à sensibilidade moral, de que cada instituição possui uma missão própria, que se realizada, repercute favoravelmente para si e para a humanidade como um todo, e de cada Estado que fosse capaz de exteriorizar tal missão, teria chances maiores de sobreviver, pois certamente conseguiria se inserir no novo cenário sendo benéfico para si e para as demais instituições. Aqui também surge implícito o argumento vitalista da teoria da necessidade, um tipo de força que brota

²²⁴ ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 431-432.

²²⁵ ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 432.

das próprias raízes da humanidade, que impelem os vários grupos organizados, os vários corpos sociais, a tomarem determinadas atitudes a se organizarem enquanto instituições, a se reconstruírem enquanto instituições, a fim de que determinadas necessidades humanas historicamente situadas, sejam cumpridas. Sendo assim, as instituições que desaparecem seriam aquelas que perderam o sentido de suas existências, que não possuem mais uma missão a cumprir, ou que as tendo, deixaram de desenvolvê-las, concretizá-las historicamente. Este argumento, evidentemente, vale inclusive para os Estados nacionais.

Concluindo os dois tópicos levantados, percebe-se claramente que Romano via forças internas desagregadoras e forças externas na forma de grandes potências ou superestados, como ameaças sérias à existência dos Estados modernos no formato em que se mantinham na época em que o autor era vivo. Em ambos os casos Romano afirma a convicção de que entender ser plenamente possível o Estado moderno se adaptar, modificar algumas de suas engrenagens para se tornar mais apto aos novos tempos e às novas exigências, sem precisar ser extinto. Ou seja, o Estado moderno possuía ainda força vital para ser protagonista, sobretudo porque ainda não havia surgido alguma instituição com a mesma capacidade de fazer prevalecer, sobre a fragmentação dos interesses particulares, a centralidade do interesse geral. Kant e outros autores tentaram vislumbrar que uma liga mundial de nações garantindo a paz poderia cumprir tal papel, mas isto restava demasiado no mundo das utopias, sem claros indícios de que historicamente pudesse se concretizar a curto ou médio prazo, talvez nem mesmo a longo prazo. Para Romano, portanto, enquanto não surgisse esta nova instituição, o Estado moderno teria ainda papel a desempenhar.

Em outro capítulo se discutirá, focando na realidade hodierna, se o argumento romaniano em relação ao protagonismo estatal, pode ainda ser considerado vivo, com capacidade de fecundar a ciência jurídica contemporânea.

Na sequência aprofunda-se a questão da crise da soberania do Estado a partir de autores contemporâneos. O estudo de tais argumentos, combinado com a análise romaniana da crise do Estado, permitirá compreender a relação entre tal crise e a emergência de novos ordenamentos jurídicos no espaço transnacional

contemporâneo, tudo permeado pela teoria da necessidade. Se o Estado entra em crise, perde a condição de administrar a própria soberania, passa a ceder poder a outras instituições, inevitavelmente tal fragmentação, conduzida pelas impulsões da necessidade, desemboca no surgimento de novos ordenamentos. Por exemplo, se o Estado perde a condição de organizar a própria dimensão econômica significa que tal vácuo será preenchido por outras instituições, como o sistema financeiro internacional, agências de rating, etc.

É necessário lembrar, que seja na ótica da crise interna como da externa (aumento das grandes potências) Romano reafirmou a convicção no Estado como protetor dos interesses comuns frente aos parciais, mas ao mesmo tempo enfatiza que mais substancial que o Estado em si mesmo é esta função por ele realizada ou pretendidamente realizada. Ou seja, não há em Romano a afirmação de que o Estado seria a instituição eterna, até porque isto seria contraditório com a própria argumentação de que o direito deve-se adequar à realidade e não o contrário. De todo modo, o princípio da harmonia dos interesses parciais submetidos aos comuns parece condição irrecusável para a teoria romaniana, seja este papel desempenhado pelo Estado ou outra instituição.

Em outras palavras, será necessário tentar atualizar a teoria romaniana sobre a crise do Estado conforme a realidade contemporânea, de que modo a crise já delineada pelo autor pode ter sido exacerbada nas últimas décadas do século XX e início do atual.

CAPÍTULO 4

A EMERGÊNCIA DO PLURALISMO JURÍDICO NO ESPAÇO TRANSNACIONAL A PARTIR DO INSTITUCIONALISMO DE ROMANO

4.1 A CRISE DA SOBERANIA DO ESTADO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

No tópico anterior abordou-se a crise do Estado moderno na perspectiva romaniana, um argumento quase centenário. Em pleno século XXI parece ingenuidade a preocupação tão evidente de Romano com a ascensão das associações profissionais, sindicais, políticas e o risco que elas traziam para o edifício estatal. Isto porque hoje há poderes, atores, circunstâncias muito mais decisivas, capazes de transformar radicalmente o modo de um Estado existir, e tais poderes são, em geral, exteriores, fora da órbita da instituição estatal. Desse modo a ameaça ao Estado hoje é muito mais evidente que no período de Romano.

Sendo assim, o que Romano tem a oferecer? Nas próximas páginas, ao se analisar a crise da soberania estatal na contemporaneidade se procurará demonstrar de que forma o argumento de Romano ainda pode ser atualizado e capaz de lançar luz em meio a questões tão complexas. Por isto são selecionados sobretudo autores que de alguma forma foram influenciados ou se depararam com o pensamento romaniano, como Grasso, Luciani e Crisafulli.

Para adentrar ao assunto da crise da soberania em sua acepção mais recente, vinculada à intensificação do processo de globalização, é preciso antes delimitar quem exerce tal soberania nas constituições modernas, quem seria o titular da soberania.

Crisafulli, atento à atual Constituição Italiana (1948), precisa o povo como titular de tal direito, assim como alude já o primeiro artigo da citada Constituição.²²⁶

²²⁶ “Art. 1º. A Itália é uma República democrática fundada sobre o trabalho. A soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição.”

Na Constituição Italiana a soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e limites da Constituição. A menção a 'pertencer' evidentemente indica como sendo a soberania poder específico do povo. Resta, no entanto, saber o que a Constituição entende por povo.

O povo é o titular da soberania do Estado italiano porque aqui não se deve entender o Estado na concepção de Estado-governo, isto é, Estado como meramente a administração de governantes eleitos para governar a coisa pública. O governo é uma parte do Estado, mas não este em sua totalidade. Para Crisafulli mais preciso seria entender o Estado na acepção de Estado-sociedade, um conjunto de governantes e governados. A ideia de povo da Constituição Italiana se enquadraria nesta acepção de Estado-sociedade, como a totalidade de indivíduos, sejam governantes ou governados, com o direito de exercer influência nos caminhos tomados pelos interesses gerais. Observa-se que esta noção de Estado-sociedade está muito mais próxima da acepção romaniana de Estado. Romano também não via o Estado simplesmente como o corpo administrativo, este poderia ser apenas identificado como uma parte do Estado, e sim como a totalidade de elementos de um povo em determinado território. O corpo administrativo é apenas efeito do modo daquele Estado se ordenar.

E é evidente que este povo não é uma massa uniforme, capaz de conscientizar em si apenas uma vontade, mas complexa rede de indivíduos e associações coletivas, com seus interesses próprios.

A existência de um povo italiano, como coletividade de sujeitos reciprocamente coligados à unidade - mesmo nas diferenças e nos contrastes dos interesses de classe e dos grupos em quais tal unidade se articula internamente - a partir de uma série de fatores naturais e teleológicos, é um dado incontestável para qualquer ordem de indagações atinentes às ciências sociais e, antes ainda, inclusive para o senso comum.²²⁷

Daí que não se pode considerar o povo como unidade indivisível, como sujeito único, mas a:

²²⁷ CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957. p. 438.

[...] Todos os cidadãos, membros do povo, cada um dos quais tem um direito pessoal de participar com a própria vontade e perseguindo a própria orientação política: nem o exercício de tal suprema faculdade se exaure sempre e apenas em manifestações unitárias de vontade, inclusive por vezes articulando-se em uma série de atos parciais e particulares, que em diversos modos concorrem - quais pressupostos, momentos preparatórios e momentos constitutivos - à formação, à explicação e à atuação da faculdade em si mesma, unitariamente considerada.²²⁸

Ou seja, por povo deve-se entender justamente a totalidade de articulações entre os cidadãos, que com seus interesses próprios, orientações políticas, influenciarão as decisões do Estado como um todo. Cada cidadão possui direito pessoal de participar das decisões da República, seguindo a própria orientação política.

Não é que para Crisafulli os conceitos de Estado e povo sejam idênticos, e sim que o primeiro seria a representação do segundo, ao menos nos modelos representativos do Estado moderno.²²⁹

Crisafulli classifica o ordenamento italiano nesta categoria:

Ordenamentos em quais o povo possui a titularidade e o exercício da soberania (como ocorre no caso do ordenamento italiano): isto é, o Estado-sujeito se configura como instrumento, não exclusivo, mediante o qual o povo exerce, por uma parte mais ou menos exata, a soberania, do qual é, e continua, como titular.²³⁰

O Estado, nesta acepção, passa a ser entendido como instrumento por meio do qual o povo exerce seu poder de soberania. O povo exerce sua soberania através do Estado na escolha dos representantes do Parlamento, na possibilidade de se candidatar a tais postos a partir de associação de forças na forma de partido político, nas reivindicações nas Assembleias, nas requisições de referendos populares, etc.

²²⁸ CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957. p. 438.

²²⁹ “[...] O Estado não é o povo, mas o representa no mundo do direito (com a reserva de examinar mais particularmente de qual forma de representação se trata, e se, eventualmente, em alguma hipótese, não tenha substituído tal representação)”. CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957. p. 449. Se o poder conferido aos governantes é tão largo que pouco resta ao povo mais do que escolher seus governantes provavelmente se está diante do caso da substituição entre os dois entes.

²³⁰ CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957. p. 450.

Mas nota-se que Crisafulli adverte que o Estado não é o instrumento exclusivo do povo exercer a soberania. Mais adiante o autor elenca inclusive o direito de resistência como um desses instrumentos, que se justificaria no fato de ser o povo o verdadeiro fundamento do ordenamento constitucional, daí sendo validado o seu direito de resistência.

O ponto-limite extremo da proteção jurídica devida, em tais ordenamentos, aos interesses do povo como tal se concreta no assim dito 'direito de resistência', e mais especialmente na resistência coletiva. [...] Talvez seja impróprio chamá-lo 'direito', ao menos em relação à hipótese, de maior interesse aos fins das presentes considerações, da resistência coletiva: mais que um direito, se trata, direi, de um modo de explicação do poder devido ao povo, de uma manifestação direta e imediata da sua soberania, que se põe no mesmo plano da explicação do poder originário constituinte. Na lógica do sistema, de fato, o povo é a fonte do ordenamento constitucional e de cada poder público, exercitando-o nos âmbitos deste.²³¹

Não seria talvez apropriado utilizar a expressão 'direito' para o exercício da resistência porque sendo o povo o primeiro fundamento da Constituição a resistência coletiva seria muito mais uma externalização deste fundamento, desta faculdade primária do povo de ser soberano sobre seus próprios interesses, do que um direito consagrado em determinado texto legal.

A resistência coletiva, neste caso, vem a explicitar o verdadeiro fundamento do ordenamento constitucional, em sintonia com a abordagem romaniana da teoria da necessidade. Quando as normas consagradas e as decisões políticas dos governantes parecem não ser suficientes para que o bem-estar e a soberania do povo sejam exercidos a própria necessidade trata de mover o povo a buscar seus interesses, ainda que na forma de resistência coletiva. Crisafulli assim intui que por trás da Constituição, dos diversos poderes que integram o Estado, das múltiplas legislações, há o dinamismo real, a busca por interesses materiais e concretos que animam o povo a se mover em determinada direção²³².

²³¹ CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957. p. 439.

²³² Em outra passagem Crisafulli comenta que a criação fictícia de vários instrumentos jurídicos, incluindo o Estado enquanto pessoa jurídica, decorre da busca de satisfação de interesses reais e concretos. "O único limite efetivo que tal possibilidade encontra, historicamente e racionalmente, é

Esta percepção é fundamental, pois é com ela que se pode antever a necessidade de adaptação das normas jurídicas tendo em vista o dinamismo real da vida, que a cada instante exige novas medidas para solucionar novas problemáticas.

A formulação de Crisafulli seria criticada parcialmente por Tosato. Para este autor, o mérito de Crisafulli está em escapar da argumentação do povo como sendo um dos órgãos do Estado, aceção tradicionalmente aceita na modernidade, mas se desviaria do percurso ao separar Estado e povo como se fossem entes distintos, sendo o segundo o sujeito soberano do primeiro. Para Tosato identificar o Estado como representante do povo equivale a dizer que o povo é um elemento externo ao Estado, que por sua vez levaria a uma contradição, pois o povo se tornaria ente externo ao próprio ordenamento que o regulamenta.

Para Tosato a resolução do problema está em compreender que Estado e povo são uma mesma entidade, que um não pode ser dissociado do outro.

Ora, se o povo é destinatário, a referência ativa das normas que contemplam e instituem os poderes de soberania [...] em força dos poderes que lhe são atribuídos, se põe como sujeito de direito, como pessoa.²³³

E na sequência o autor traz a conclusão lógica:

Mas se é assim, não se pode fugir da consequência que agora se torna inevitável, isto é, que o povo é o Estado, que a personalidade jurídica do Estado se identifica com a pessoa do povo, e que então a soberania do povo não é outra que não a soberania do Estado e viceversa.²³⁴

dado dos interesses humanos reais, os quais movem a norma jurídica e por isto esta é, por sua natureza, destinada a satisfazer-lhes: seja a criação de uma figura subjetiva, e em particular de sujeitos jurídicos, não é nunca, se bem vista, gratuita e arbitrária, mas concretamente condicionada - caso por caso - das exigências práticas, dos interesses e dos fins que historicamente se caracterizam a substância de cada ordenamento democrático, não faltarão certas razões justificadoras - concretamente justificadoras - de uma tal atribuição de subjetividade, assim como não faltam, a fortiori, as razões por quais o povo se torna, no nosso vigente ordenamento, centro de referência, assumindo portanto, como se dizia, aparência de figura jurídica subjetiva". CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957. p. 438. p. 439.

²³³ TOSATO, Egidio. Sovranità del popolo e sovranità dello Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1957. p. 39

²³⁴ TOSATO, Egidio. Sovranità del popolo e sovranità dello Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1957. p. 39

Se o povo é ao mesmo tempo destinatário e criador nas normas jurídicas que regulamentam sua existência, e para tal utiliza o Estado, o povo somente poderia ser entendido como sujeito ou pessoa, no mesmo sentido em que o Estado é sujeito ou pessoa. Desse modo o povo é pessoa porque é a mesma pessoa do Estado, daí ser desnecessário que existam duas pessoas jurídicas, uma para o Estado e outra para o povo. Ambos são uma única e indistinta pessoa. A simplicidade do argumento ilustra ainda a fuga de contradições retóricas acerca de 'soberania do Estado ou soberania do povo'. A soberania é do Estado e do povo porque ambos são a mesma pessoa.

Na sequência Tosato cita Romano como fundamentação para a sua justificativa, lembrando que o jurista siciliano também entendia que o povo possuía condições de perseguir interesses, exercer vontades, criar órgãos, na medida em que se constituía como Estado, juridicamente personalizado.²³⁵ Pode-se concluir o raciocínio de Tosato nos seguintes termos:

[...] O Estado não é outra coisa que um ordenamento de uma coletividade estabelecida em um dado território. Em força do ordenamento que a rege, tal coletividade constitui uma unidade, e esta unidade é a unidade do povo. O qual, portanto, propriamente não pertence ao Estado, mas é o Estado, enquanto o povo (e hoje é pacífico que o conceito de povo é um conceito de povo é um conceito jurídico) não é outro que a coletividade juridicamente ordenada a Estado. Ora, quando o ordenamento estatal confere os poderes de soberania por estes previstos e regulados, para organização dos interesses gerais, ao povo, isto significa que a pessoa do Estado vem a coincidir com a realidade objetiva do Estado, que o povo, que sempre é uma unidade jurídica objetiva, se põe também como unidade jurídica subjetiva.²³⁶

Conceitualmente as questões parecem se encaminhar nesta direção, com a equivalência entre Estado e povo, extraído daí que a soberania nacional, a soberania do Estado e a soberania popular seriam desdobramentos da mesma soberania. No entanto, deve-se observar se esta pureza conceitual se reflete também na realidade histórica, se esta soberania do povo e do Estado, consagradas teoricamente, resistem aos dilemas reais de um mundo sempre mais globalizado.

²³⁵ TOSATO, Egidio. Sovranità del popolo e sovranità dello Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1957.p. 40.

²³⁶ TOSATO, Egidio. Sovranità del popolo e sovranità dello Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1957. p. 41

Em 1996 Massimo Luciani introduz o conceito de ‘antisoberano (antisovrano)’ para explicar a crise da soberania no mundo globalizado, ou ao menos da acepção clássica de soberania, como faculdade de cada Estado e povo reger a si mesmo.

Luciani inicia o texto citando o já debatido texto romano da crise do Estado, lembrando que nos primeiros anos do século XX a crise estatal era sobretudo crise interna, crise provocada por associações parciais profissionais, sindicais, revolucionárias, que, não sendo recepcionadas pelo ordenamento jurídico, colocam em risco a própria ordem social. Luciani lembra, no entanto, que as décadas seguintes, primeiro com a Constituição de Weimar, e depois com as novas Constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, sempre mais visionárias no sentido de tentar garantir o Estado de bem-estar social, passaram a incluir a maioria daquelas reivindicações em seu interior.²³⁷ Ou seja, a crise interna do Estado parece ter sido solucionada com remédios precisos, na visão do autor, e seguindo as receitas indicadas por Romano, que era a de integrar as novas reivindicações no ordenamento vivo, atualizando-o. Cada ordenamento precisa saber se adaptar às circunstâncias movidas pela necessidade, do contrário sua própria existência entra em risco.²³⁸

Mas para Luciani o problema maior na era da globalização a ameaçar a soberania nacional não são as reivindicações internas, mas as forças externas que se apresentam como potências capazes de invadir a faculdade do Estado de regulamentar a si mesmo. E tais forças externas são, essencialmente, econômicas e transnacionais. O autor recorda que o constitucionalismo clássico objetivou garantir, sobretudo, o equilíbrio político, impedindo que algum indivíduo ou grupo conquistasse para si fatia considerável do poder público, passando a impor sua vontade sobre os demais. O poder econômico, no entanto, passou ao lado deste projeto, a tal ponto que hoje se revela o poder mais decisivo na esfera transnacional.

²³⁷ LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1996. p. 124.

²³⁸ Ainda que este argumento possa ser confrontado, pois a fragmentação cada vez maior no interior dos Estados no período pós-moderno, sobretudo naqueles em que se vislumbra o fenômeno da migração transnacional, tais reivindicações parecem ser uma tendência crescente, e de modo constante a colocar em risco a própria ordem constitucional. Tal assunto será discutido mais adiante.

Aqui surge o conceito de antisoberano, que para o autor seria similar ao conceito de antipapa ou de anticristo, ou seja, uma metáfora para assinalar que o antisoberano seria a força ou conjunto de forças que se opõem ao soberano nacional. O antisoberano seria:

[...] Um quid que em tudo e por todo se contrapõe ao soberano pos nós conhecido: não é um sujeito (mas sim uma pluralidade sujeitos, além de tudo com estatutos sociais altamente diferenciados, que bem dificilmente poderiam se candidatar a deter o monopólio do poder 'soberano'); não declara a própria aspiração à absoluta descrecionarietà no exercício do próprio poder (procura antes de apresentar as próprias decisões como lógicas deduções da lei geral objetiva, as quais pretendem de ser aquelas da economia e do desenvolvimento) [...] não pretendem de ordenar um grupo social dotado ao menos de um mínimo de homogeneidade (o povo de uma nação), mas uma pluralidade indistinta, talvez a totalidade dos grupos sociais (todos os povos do mundo, ou ao menos todos os povos da parte do mundo se retém meritória de interesse); não deseja ser expressão de uma vontade de iguais formada de baixo (se trata, de fato, de uma reunião de estruturas substancialmente e formalmente - se pense ao FMI ou à BIRS - organizadas sobre base timocrática).²³⁹

Mais adiante o autor exemplifica tais forças nas grandes organizações empresariais estruturadas transnacionalmente, no sistema financeiro, nos grandes trustes empresariais, agências de rating, entre outras potências.

Mais importante a captar no conceito de antisovrano de Luciano é que suas características se opõem frontalmente ao soberano nacional, pois não podem ser resumidos à unidade de um povo, nem buscar fundamentar seus interesses na lógica constitucional dos Estados, nem mesmo impõem suas vontades de baixo, mas representam interesses difusos, pluralizados ao redor do planeta, capazes de influenciar o espectro político e impor seus interesses particulares, ainda que em contradição com aquilo que seria o bem comum. Resta saber até que ponto o constitucionalismo contemporâneo, ainda que já possua algumas ferramentas que busque controlar o poder econômico, seja capaz de enfrentar tal antisovrano, cuja capacidade de flexibilidade, como lembra Luciano, o torna capaz de facilmente fugir às tentativas nacionais de ser enquadrado em determinada lógica constitucional.

²³⁹ LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. **Rivista di Diritto Costituzionale**, 1996. p. 165.

Cruz é mais enfático:

[...] o Estado Constitucional Moderno acaba subordinado a um tipo de constitucionalismo mercantil global, não dirigido a controlar os poderes, mas sim a liberá-los, elevando a uma série de interesses corporativos as normas do ordenamento jurídico internacional. A dependência das sociedades nacionais às empresas e financeiras transnacionais é de tal ordem que qualquer pronunciamento de agências privadas internacionais de avaliação de crédito e risco acaba provocando instabilidade política, provocando crises monetárias, enfim, criando dificuldades de toda ordem para o Estado Constitucional Moderno.²⁴⁰

Quando assuntos vitais para a coletividade da nação de determinado Estado não podem ser livremente analisados e decididos pelo próprio povo, pois já foram totalmente ou parcialmente transferidos a instâncias supranacionais, privadas ou não, é necessário admitir que a soberania estatal hoje persiste muito mais como dogma conceitual do que como realidade cotidiana. Mais a frente Cruz ainda lembra que este fato se torna ainda mais alarmante nos países em desenvolvimento, pois estes possuem ainda menos instrumentos políticos, jurídicos e econômicos para salvaguardar a própria soberania frente a poderes externos.

A síntese de Cruz é que o modelo de Estado Constitucional Moderno está por ser superado, já que seria incapaz de regulamentar adequadamente a complexa e fragmentada realidade de um mundo sempre mais globalizado e com instâncias de poder que não se inserem na lógica política do Estado nacional.

O Estado Constitucional Moderno, seguindo a linha de Cruz, era pautado em pilares dogmáticos como o da soberania nacional, foram revolucionários e importantíssimos na transição do período medieval para o moderno, pois pouco a pouco foram transferindo o poder centralizado na figura pessoal do monarca para a organização constitucional que representaria os interesses daquela nação. Os grandes teóricos políticos e jurídicos da modernidade contribuíram para limitar o arbítrio governamental, restringir o absolutismo, criando complexas engrenagens capazes de equilibrar o poder político dentro da esfera nacional. No entanto, o poder econômico ficou à margem deste processo, de modo que nos séculos seguintes

²⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011. p. 93.

somente se expandiu em influência e se alargou para o restante do planeta, de modo a hoje se constituir poder autônomo, capaz de determinar os ditames das vidas em quase todo o planeta, ainda que tal poder econômico não esteja, necessariamente, internalizado na sistemática constitucional nacional.²⁴¹

Para Cruz, portanto, seria o momento de repensar novos modelos de organização social, mais capacitados a regulamentar a complexidade dos espaços transnacionais.²⁴²

Por outro lado, Grasso entende que o princípio da soberania estatal ainda possui papel a desempenhar²⁴³, e que seu abandono definitivo poderia conduzir a um processo de controle sempre maior do poder econômico sobre os povos, o que se refletiria, inevitavelmente, na perda ou mitigação da conquista dos direitos fundamentais, sendo estes produtos supranacionais da história das civilizações.²⁴⁴

Grasso lembra que o princípio da soberania não deve ser entendido em sentido absoluto, pois a própria história recente demonstra que os Estados nacionais em várias ocasiões voluntariamente aceitaram ceder parte de sua soberania ao adentrarem pactos e tratados internacionais, ingressarem em blocos econômicos ou ordenamentos complexos como o da União Europeia. Esta cessão parcial da

²⁴¹ No entendimento de Cruz a globalização é o fenômeno que estaria debaixo de todo este proceso: “Com a globalização, em todas as suas dimensões, surge frente a isso não só uma nova multiplicidade de conexões e relações entre estados e sociedades, mas, além disso, arraiga-se com maior força a estrutura dos pressupostos teóricos que o idealizavam, organizavam e viviam até agora as sociedades e os estados como unidades territoriais reciprocamente delimitadas. A globalização rompeu a unidade do Estado Constitucional Moderno, estabelecendo novas relações de poder e competitividade, com conflitos internos e transnacionais”. CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. p. 97.

²⁴² “O fato não serve para a realização do sonho anarquista com o desaparecimento de toda a autoridade, mas para uma nova ordem pública transnacional, na qual, no lugar da situação anárquica - essa sim - de convivência entre Estados-nacionais ou da pretensão de um Estado-mundial, haja solidariedade democrática entre os povos, somente possível com o desaparecimento das fronteiras econômicas, sociais, raciais, políticas e culturais da modernidade” CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. p. 96.

²⁴³ O autor não ignora que o princípio da soberania estatal enfrenta período de crise, apenas entende que ele não pode ser totalmente abandonado: “Não se deseja negar, a propósito, que não exista uma crise também da dogmática da soberania, [...] mas que a modificação de conteúdos do direito constitucional, colocado diante de tal crise, desta vez econômica, não pode em algum modo determinar a dissolução do paradigma da soberania estatal”. GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. p. 22.

²⁴⁴ GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. p. 20-22

soberania estatal visaria favorecer “lo sviluppo, la promozione, la diffusione di valori largamente condivisi nella Comunità internazionale, di pace, giustizia, solidarietà tra i popoli”.²⁴⁵

Ao longo da obra Grasso analisará uma série de eventos que ilustrariam a crise da soberania estatal frente aos diversos poderes econômicos transnacionais, desde agências privadas de rating, capazes de impactar extremamente a relação comercial de um Estado nacional com outros Estados e organizações empresariais, como de regras do sistema financeiro internacional, que acabam por influenciar diretamente a vida econômica das populações.

A recente história da Grécia talvez seja exemplo mais paradigmático. Em 2009, o então eleito primeiro-ministro George Papandreou comunica que os balanços econômicos gregos apresentados a Bruxelas pelo governo anterior eram falsos, e que a dívida pública era, ao menos o dobro do valor anunciado.

Como consequência:

Alguns meses depois deste anúncio, que cria subitamente grande confiança nos mercados através da aprovação geral do sistema econômico grego, as três agências de rating Fitch, Standar & Poor's e Moody's, uma depois da outra, desclassificam o rating do débito público grego, dando início a uma espiral negativa sem fim, que levará, em poucos meses, a reter os títulos de débito soberanos gregos sempre mais próximos ao risco de default.²⁴⁶

Como resultado o governo grego firmaria diversos empréstimos com organismos internacionais, do Fundo Monetário Internacional - FMI ao Banco Central Europeu, cuja contrapartida exigida por tais instituições foi uma política de austeridade, que envolvia, entre outras medidas, redução dos gastos com serviços públicos e aposentadoria. Esta prática teria sido imposta por aquilo que jornalisticamente foi chamado de '*troika*', uma organização de técnicos advindos da Comissão Europeia, do Banco Central Europeu e do Fundo Monetário Internacional. Ou seja, técnicos não submetidos ao ordenamento jurídico nacional grego exigiriam

²⁴⁵ GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. p. 20

²⁴⁶ GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. p. 67-68.

que o povo grego aceitassem determinadas condições políticas que afetariam drasticamente suas vidas.

Grasso lembra que:

[...] os outros países da União inicialmente teriam lavado as mãos, deixando a um organismo internacional, ainda substancialmente dominado pelo dólar, o Fundo Monetário Internacional, a tarefa de ocupar-se das dívidas relativas à Península Helênica.²⁴⁷

De certo modo o ataque à política grega era também afronta à estabilidade do Euro, já que a gravidade econômica do país colocara em risco a sua própria permanência na zona do Euro. Daí que se esperaria, ao menos do ponto de vista pragmático, senão humanitário, o auxílio mais forte dos demais países da União Europeia à Grécia.

A história poderia seguir, já que depois a Alemanha e outros países ofereceriam ajuda, mas também exigindo pesadas contrapartidas, que afetariam jornadas de trabalho, controle salarial, etc. Já é possível vislumbrar com o que foi exposto como a soberania nacional de um país é seriamente lesada, primeiro por erros práticos cometidos por seus representantes políticos, e depois a partir de imposições de organismos interacionais ou mesmo transnacionais, desde agências de rating até FMI, e inclusive por parte de outros Estados nacionais.

O resultado desse processo é que a própria Constituição grega e suas legislações seriam modificadas, com severa política de austeridade aplicada à sua população. Praticamente falando, um Estado, em tese soberano, se curva aos interesses de entidades que não estão vinculadas à Constituição grega.

Para Grasso a solução de tal impasse, que parece resultar sempre mais na perda da soberania estatal, acompanhada de processo de debilitação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, seria realizar o movimento contrário, de fortalecimento de tais direitos.

Se o constitucionalismo, hoje como ontem, solicita uma limitação do exercício do poder, para assegurar a garantia última da liberdade das

²⁴⁷ GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. p. 69.

peessoas, então uma boa medicina para curar a crise econômica, para usar uma metáfora fácil, vem a ser aquela de ter direitos quantitativamente e qualitativamente mais fortes (e não mais frágeis e fravos, como comumente se está pesadamente perfilando nestes tempos de crise), utilizando, então, os direitos como um recurso, um 'recurso solidário' se eficazmente escrito, e não considerando apenas como um mero custo econômico a ser suportado e contraído acriticamente, porque os recursos econômicos são limitados, ou pior, porque os juízos dos mercados sobre o débito público de um certo Estado é (ou será) de sinal negativo.²⁴⁸

Ou seja, para Grasso as crises econômicas não podem ser utilizadas para debilitar os direitos conquistados pelos processos civilizatórios, mas em reforçar a Constituição como garantia de efetivação de tais direitos. O autor, na sequência, considera que a preservação dos direitos fundamentais pode inclusive ser utilizado como contrapartida de um possível enfraquecimento da soberania estatal, em prol de instituições supranacionais.

Apenas revigorando os direitos com estes as formas de participação democrática aos processos de governo da crise econômica, que resultam, ao invés, ao todo marginalizadas, como se é verificado repetidamente, também neste trabalho, é possível sair do vau; e apenas nestas condições se poderá aceitar, como possível contrapartida final, um eventual enfraquecimento do poder soberano estatal, no respeito substancial do quadro constitucional, talvez a favor de uma potencialização das instituições supranacionais (como a União Europeia).²⁴⁹

Certamente não se trata de defender um Estado de bem-estar social agigantado e custoso, facilmente defendidos por políticos em períodos eleitorais, mas que acabam se tornando um peso insuportável ao próprio Estado e inclusive dificultam a efetivação dos direitos sociais à população, pois a exagerada ampliação de um direito pode significar redução na capacidade de efetivação de outros, já que do direito à educação ao trabalho, ao meio ambiente, à liberdade, qualquer direito fundamental e social tem custo econômico, exige do Estado uma série de medidas visando sua viabilidade prática.²⁵⁰

²⁴⁸ GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. p. 146.

²⁴⁹ GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. p. 146-147.

²⁵⁰ GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. p. 155-156.

Entretanto, a crítica de Grasso vai no sentido de ver os direitos sociais somente pela face dos 'custos', ignorando que eles também podem ser manejados como recursos importantíssimos capazes de ajudar um Estado a melhorar sua condição social em meio a uma crise econômica.²⁵¹

Para Grasso, portanto, o constitucionalismo dos direitos sociais deve ser preservado, e isto é mais vital que a própria soberania nacional, desde que tais direitos sejam garantidos e efetivados em outras instâncias, ainda que supranacionais.

O problema, lembra Grasso, é que efetivação de tais direitos não depende tão somente de previsão legal, em constituições ou tratados, mas de instituições capazes de prestar serviços que viabilizem a fruição de tais direitos. Ou seja, a transferência de um constitucionalismo nacional de direitos sociais para uma instância supranacional exigiria também a responsabilização desta instância pelos aparatos reais capazes de garantir que tais direitos não sejam meros dispositivos abstratos, mas reais conteúdos capazes de transformar a sociedade.²⁵²

Ou seja, enquanto a modernidade alcançou relativa eficácia em controlar o poder político, o econômico conseguiu escapar quase que inteiramente a esta lógica. Sobretudo a globalização e os avanços da tecnologia permitiram intensa flexibilidade de locomoção e dinamismos do capital. O poder econômico não precisa mais depender de nenhuma estrutura estatal específica, podendo mover-se livremente de modo transnacional, deslocando-se de espaço a espaço conforme os

²⁵¹ A argumentação de Grasso se desenvolve nesse sentido, acerca dos recursos provenientes dos direitos sociais, pois atrás de cada um deles haveria uma: "[...] Organização pública (e por vezes inclusive privada) que garanta a concreta satisfação do direito: são escolas, hospitais, residências protegidas, são centenas de milhares de pessoas que, através do próprio trabalho cotidiano, humilde ou altamente profissionalizante, se dirigem a estes aparatos, fazem funcionar eficazmente 'a máquina', permitindo a realização de milhões de singulares prestações que dão efetividade à fruição do direito [...]". GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione.** p. 160.

²⁵² "E inclusive o vínculo entre constitucionalismo, como instrumento de limitação do poder e da sua legitimação de direitos é irrenunciável, assim como aquele entre direitos sociais e democracia. E, em um círculo ideal que se fecha, também são sublinhados, na presença da crise, a relação entre os âmbitos da soberania estatal dos direitos, no sentido que a erosão da primeira tende geralmente a se acompanhar da redução dos segundos, em termos de efetividade e de prestação de ofertas, pois se tratam de direitos que implicam a existência de um fazer da parte dos poderes públicos". GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione.** p. 166.

interesses apareçam. O fato de uma determinada organização empresarial ou econômica de protagonismo transnacional estar hoje demasiadamente vinculada a um Estado nacional não significa que precisará fazer o mesmo amanhã, pois poderá transferir seus recursos facilmente para outra localidade que surgir como mais oportuna. Observa-se o que salientam Cruz e Oliviero:

Atualmente e quase lugar-comum apontar como a capacidade dos sistemas jurídicos estatais de produzir o próprio direito em forma absoluta se esta gradualmente redimensionando, reformulando a própria categoria histórica da soberania nacional na direção de uma definição conceitual ainda de híbrida configuração. Isso acontece, também, porque, as próprias opções políticas abertas às maiorias parlamentares encontram-se sempre mais circunscritas à constante cessação de soberania a “comunidade inter (ou trans)nacional”, principalmente através de instituições como o Fundo Monetário Internacional, a ONU e suas agências e mesmo as grandes corporações transnacionais privadas que antes eram denominadas multinacionais, que torna algumas opções políticas impraticáveis, a não ser forçando as barreiras de uma espécie de “estado de necessidade econômica” produzido pela influência irresistível desses grandes grupos econômicos de significância mundial transnacional que, como sabemos, são muito mais poderosos que muitos Estados e capazes de modificar as características estruturais das próprias democracias contemporâneas. Tais grupos, efetivamente, não apenas dominam quase toda a cena política mundial, mas também capturam as suas legislações, condicionando-as, em nome das exigências de mercado e de desenvolvimento.²⁵³

Ou seja, em paralelo aos Estados nacionais o mundo viu o surgimento de novas forças, capazes de não se limitarem às condições estatais para existirem. Tais grupos e instituições financeiras conseguem condicionar grande parte da vida econômica mundial e, por consequência, influenciar decisivamente nas próprias políticas nacionais.

O poder de tais grupos se observa inclusive em questões judiciais, quando cada vez mais se percebe a dificuldade de separar as fronteiras entre a *hard law* e a *soft law*.

Esse novo paradigma jurídico permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (in primis aqueles econômicos e judiciais) e subtraindo soberania às instituições

²⁵³ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos do Direito Transnacional. In: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Global**: Transnacionalidade e Globalização Jurídica. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2013. p. 34.

“tradicionais”. E a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre hard Law (Constituição, leis, etc.) e soft Law (antecedentes judiciais, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos. Caso se deixa de pensar ao direito segundo o esquema formal no qual foi representado a partir da época moderna e, ao contrário, examina-se o seu conteúdo com uma abordagem pragmática, ficará evidente que e no nível global que “a partida constituinte” é jogada. E para além dos limites do Estado que devem ser procuradas as “práticas comuns” que possam definir a nova esfera pública capaz de contrastar o tecnicismo da governança fundada na integração mercantil.²⁵⁴

Ou seja, as leis e constituições acabam por dialogar com acordos privados, normas oriundas de outros tribunais e nações, decisões e interesses de outros grupos e instituições supranacionais. De certa forma é como se o direito tradicional, conforme estabelecido na modernidade, começasse a se dobrar, se adaptar diante da força maior deste aglomerado de interesses que surge nas relações transnacionais.

É nesta preocupação que os autores citados defendem que somente espaços públicos transnacionais seriam capazes de dar ordem a este novo cenário, vez que os interesses privados de grupos transnacionais raramente atendem àquilo que é essencial ao bem comum. Nesta linha os próprios Estados nacionais precisariam criar articulação entre si, gerando diálogos e instituições mais sólidas capazes de controlar tais interesses privados transnacionais. De certo modo os Estados precisariam adentrar a lógica transnacional para serem capazes de lidar com instituições que já existem em uma dimensão transnacional.

E observa-se que neste ponto as estruturas mais sólidas de um poder estatal, organizadas nacionalmente tendo em vista os complexos aparatos políticos e normativos, podem inclusive facilitar a conquista de poder por parte destes atores transnacionais. Isto é, a lentidão e a complexidade com que um Estado se move

²⁵⁴ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos do Direito Transnacional. In: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Global**: Transnacionalidade e Globalização Jurídica. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2013. p. 33.

deixa o campo livre para que atores mais velozes e menos controlados por diversas amarras possam agir com elasticidade.

E talvez aqui resida maior ironia, pois o Estado se agigantou, se tornou sempre mais complexo justamente para se tornar capaz de interagir, controlar, intervir em cada dimensão da sua vida interior, da regulamentação da vida familiar ao comércio nacional, passando pelas questões ambientais, tributárias, entre outras. No entanto, este agigantamento o tornou lento, pesado, excessivamente burocratizado, para dar conta de forças leves e ágeis como aquelas transnacionais.

O fato é que desta dialética surgirão novos espaços transnacionais, espaços que nascem da facilidade de ação de atores transnacionais, e que em tese deveriam ser preenchidos e regulamentados pelos Estados nacionais. Estes espaços são, por exemplo, as relações comerciais entre grandes empresas transnacionais, que se costuma chamar de *lex mercatoria*, canais por onde se desenvolve o crime organizado transnacional, incluindo o terrorismo, e tantos outros. E tais espaços, na medida em que existem, ganham dinamismo próprio, começam a funcionar como sociedades em si mesmas, verdadeiras instituições que regulamentam a si mesmas.

Da mesma forma que a necessidade move o Estado a se adaptar às novas circunstâncias pode também mover determinados espaços transnacionais. Se os Estados não regulamentarão tais espaços outras forças o farão, e possivelmente forças que não busquem respeitar a lógica constitucional de proteção a direitos fundamentais e sociais.

Ao término do discurso sobre a crise do Estado moderno Romano reafirmou a convicção de que naquele momento era possível ao Estado superar a crise e continuar garantindo a preservação dos interesses gerais acima dos interesses parciais. Não era afirmação de que o Estado deveria continuar existindo para sempre, mas que naquele contexto ainda possuía algo a oferecer. A questão que deveria orientar os juristas hoje é responder esta mesma pergunta, se quase cem anos depois, a resposta permaneceria a mesma.

Retomando o que disseram autores como Grasso, Cruz e Oliviero, de que somente espaços públicos transnacionais, seguindo a lógica de diálogo iniciada por Estados nacionais, seria capaz de construir instituições sólidas em condição de organizar a vida transnacional, incluindo econômica, direcionando-as aos interesses do bem comum, atentando-se à preocupação com o meio ambiente, os direitos humanos, o desenvolvimento dos povos, não contraria a previsão romaniana, isto é, de que a existência de uma instituição superior, capaz de ordenar os interesses parciais e fragmentários, seja indispensável para dar coesão a um corpo social sempre mais difuso, diversificado. Talvez a resposta aos problemas contemporâneos não esteja mais no Estado nacional, mas certamente não poderá eliminá-lo ou o seu significado, qual seja, o de preservação do bem comum acima dos interesses parciais.

Na sequência apresenta-se a emergência deste pluralismo jurídico em espaços transnacionais, de como tantos fenômenos regulamentados parcialmente ou não regulamentados pelo Estado começam a ganhar protagonismo e de que forma a concepção de Romano poderia auxiliar na compreensão de tais transformações. Antes, breves considerações acerca do que se entenderia por espaço transnacional.

4.2 O ESPAÇO TRANSNACIONAL

Mais do que direito transnacional este capítulo prefere falar em espaço transnacional, no sentido de que existem relações, fluxos, entre pessoas, grupos, instituições, que já transcendem a dimensão nacional e mesmo internacional. Isto pode ser exemplificado nas relações comerciais privadas entre grandes grupos empresariais multi ou transnacionais, no modo privado como são regulamentadas questões como esportes e cultura, o espaço virtual da internet em suas várias segmentações, e inclusive do ponto de vista do surgimento de organizações criminosas, daquelas que coordenam tráfico de drogas e armas aos grupos terroristas, pois também forças já se articulam para além das limitações nacionais.

O que se pretenderá demonstrar aqui é que tais espaços transnacionais possuem seus modos de vida, de relações, de regras pactuadas ou implícitas aceitas por seus membros, e que, se aceitas pelos Estados nacionais ou não, existem, fazem realidade, condicionam a realidade de pessoas ao redor do planeta. Não se trata de discurso ideológico, mas de, seguindo Romano, entender a realidade e adequar o direito a esta realidade.

Como se verá, estes espaços transnacionais criam vidas próprias que condicionam a si mesmos, ou seja, dão origem a instituições, em sentido romano, e aqui nasce um direito que regulamenta aquele espaço. Daí que, talvez, mais preciso que falar em direito transnacional seja dicutir a existência de direitos transnacionais, de um pluralismo de fenômenos jurídicos que, ainda que não reconhecidos ou apenas parcialmente pelos Estados nacionais, existem, possuem vida, coordenam a vida de seus membros.

Para compreender a realidade sempre mais fragmentada da contemporaneidade é necessária elasticidade conceitual, construção de ferramentas metodológicas jurídicas capazes de abranger toda a complexidade de fenômenos que estão surgindo. E neste caso o argumento romano é ponto de partida adequado, vez que parte da realidade, e não de determinada ideologia, para compreender a multiplicidade de fenômenos jurídicos.

A obra de Marcel Merle²⁵⁵ é importante para compreender as várias dimensões interdependentes no cenário transnacional²⁵⁶. A obra pode ser situada em um período de transição na teoria das relações internacionais, pois se de um lado não deixa de analisar questões importantíssimas para os estudiosos tradicionais, como a luta pelo poder, enfatizando a importância do aspecto militar, por outro lado não ignora o movimento histórico que exige a introdução de novos debates, como o surgimento de novos atores internacionais e as relações de interdependência que influenciam nas ações, tais como a opinião pública internacional e as organizações internacionais.

²⁵⁵ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

²⁵⁶ Outro autor fundamental para compreender a transição é Robert Keohane. Ver KEOHANE, Robert. **Power and Interdependence**. Boston: Longman, 2012.

A obra divide-se em quatro partes, sendo que as últimas três podem constituir-se em um segundo momento separado do primeiro. Na primeira parte o autor trabalha as diversas concepções das relações internacionais, partindo do conceito clássico, passando pelo conceito marxista e por fim pelos conceitos sociológicos de inspiração anglo-saxônica. Encerra-se com reflexões sobre a possibilidade de uma teoria das relações internacionais e com o ponto de partida para o seu projeto teórico, a ser desenvolvido nas três partes seguintes.

As outras três partes são articuladas em uma abordagem sistêmica, que tenta desenvolver ideias provenientes de várias áreas do conhecimento, apresentando o campo de estudos das relações internacionais com riqueza multidisciplinar.

A definição metodológica é essencial para Merle, pois lhe permite desmembrar as várias partes do objeto de estudo para analisá-los particularmente, mas sob a influência de diversas ciências (economia, sociologia, direito, política, psicologia, etc.) bem como depois visualizá-lo em sua globalidade e unidade. Nesse sentido, as três partes são o meio internacional (segunda parte), os atores (terceira parte) e o sistema internacional (quarta parte). Isto, porque, para se compreender o funcionamento de um sistema é preciso colocá-lo em seu contexto:

Proponho chamar sistema internacional o conjunto de relações entre os principais atores que são os Estados, as organizações internacionais e as forças transnacionais. Como consequência, o contexto será constituído pelo conjunto dos fatores (natural, econômico, tecnológico, demográfico, ideológico), cuja combinação influi sobre a estrutura e sobre o funcionamento do sistema. Mas deve ficar claro que as relações entre o sistema e o contexto assim definido têm um duplo sentido: as mudanças ocorrendo na dimensão, na estrutura e no funcionamento do sistema têm a possibilidade de influir, por sua vez, sobre todos os fatores que constituem o contexto.²⁵⁷

Observa-se então a complexidade da análise, pois os fatores influenciam o funcionamento do sistema, mas este, por sua vez, a partir da composição das suas mudanças estruturais internas influenciam também nos fatores que constituem o contexto.

²⁵⁷ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981. p. 114.

Mais adiante Merle discutirá que de fato a utilização do termo 'sistema' para sistema internacional pode ser alvo de discussão, pois um sistema implica uma dimensão interna e uma dimensão externa na qual está inserido. Contudo, um sistema internacional envolve todo o globo, de modo que não há uma esfera externa a este sistema. De qualquer forma, a abordagem sistêmica oferece instrumentos válidos para análise.²⁵⁸

Na seção dedicada ao meio internacional o autor trabalha os cinco fatores que influenciam no contexto das relações internacionais: o fator natural, o fator técnico, o fator demográfico, o fator econômico e o fator ideológico.²⁵⁹

Dentro do fator natural descarta-se a teoria dos climas, e entende-se como relativa a influência da geopolítica. Já a distribuição dos recursos em esfera global traz influência importante, uma vez que revela desigualdades sociais entre os países, permitindo o estabelecimento de relações de dependência entre nações do terceiro para com o primeiro mundo. Por sua vez, a discussão da limitação dos recursos deflagra a polêmica de um possível término dos recursos naturais do planeta. Contudo, o autor conclui que o fator natural não termina por determinar o modo de vida das pessoas e nações.²⁶⁰

Já o fator técnico possui influência bem mais determinante, pois Merle chega a afirmar que o desenvolvimento tecnológico possui relevância muito maior nas transformações do mundo no final do século XX que o capitalismo ou o socialismo. O autor menciona McLuhan para enfatizar as bruscas mudanças provocadas pelas novas tecnologias na vida das pessoas em todo o globo, aproximando a era de uma possível aldeia global, provocando certa uniformização dos indivíduos, uma vez que a tecnologia é voltada cada vez mais a veículos de massa.²⁶¹

Além disso a tecnologia é causa de protagonismo econômico, pois possuir as mais avançadas tecnologias, seja no campo da comunicação ou mesmo

²⁵⁸ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

²⁵⁹ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

²⁶⁰ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

²⁶¹ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

militar, garante vantagem nas negociações e demais relações com outras nações ou atores internacionais.

O fator demográfico também influencia na medida em que, para Merle, acentua as desigualdades sociais, pois a má distribuição de recursos concentra o poder nas mãos de umas poucas nações. Além disso, gera os fenômenos migratórios, provocando a atração de tantos indivíduos aos países mais desenvolvidos.

Os três fatores já elencados possuem estreita relação com o fator econômico. Nesta seção o autor apresenta as interpretações liberais e marxistas da ordem econômica internacional. O autor destaca que naquele período em que escreveu, o cenário era de evidente derrocada dos países comunistas, pois já deviam economias exorbitantes aos ocidentais. Merle indica ainda que os comunistas identificaram outras realidades presentes na economia internacional ignoradas pelos liberais, como isto ser causa de flagrante desigualdade para com os países de terceiro mundo. A crítica que se faz aos comunistas, contudo, é que reduzem todas as discussões a interpretações econômicas. Merle assinala ainda que os liberais identificam a existência das desigualdades econômicas, mas que defendem ser o estágio atual enfrentado pelos países de terceiro mundo apenas uma transição às sociedades modernizadas. Já o terceiro mundo levanta a voz para defender que sua pobreza não se reduz a isto, mas a um sistema de colonização de séculos.

Sobre o fator ideológico ele é importante, mas tende cada vez mais a receber efeitos das relações internacionais uma vez que o desenvolvimento técnico aproxima as pessoas e permite uma comunicação mais fácil e rápida.

Estes fatores influenciam nas ações dos atores internacionais, tema da terceira parte.

A análise inicia-se com o Estado, o mais tradicional dos atores. Contudo, o autor salienta que o Estado deve ser visto também em sua estrutura interna, pois o fato, por exemplo, de reunir os cargos de chefe de Estado e governo

em uma só ou duas pessoas define graus de autonomia de ação para as lideranças governamentais. Além disso há países em que muito mais que o homem de Estado quem governa são os partidos políticos. Por fim, não se pode esquecer da importância da opinião pública, ainda que esta em muitos casos se atenha mais a assuntos internos que externos, o que pode constituir uma relativização do impacto da população nos assuntos internacionais. O capítulo encerra-se com a apresentação de uma hierarquia entre as nações, tendo em vista os níveis de aspirações de cada uma.²⁶²

Outros atores são as organizações intergovernamentais, como a ONU e a OIT. Merle discute recorrendo a vários autores se estas organizações poderiam ser consideradas atores individuais ou se não passariam de veículos que transmitem as vontades das potências dominantes. Contudo, uma vez que ela recebe vozes de tantas nações, o que inclusive contribuiu para formação de um espaço democrático onde os países do terceiro mundo declararam o seu direito ao desenvolvimento, é notório a sua emancipação. O fato de elas terem sido decisivas na elaboração do mapa das nações com o final da II Guerra Mundial também ajuda a compreender a situação. É certo, também, que elas exercem influência forte nas decisões das várias potências que a elas estão integradas.²⁶³

Os últimos atores são as organizações privadas ou pelo menos não estatais e a opinião pública internacional. É essencial destacar o poder crescente que vem conquistando empresas transnacionais, capazes de rivalizar diretamente com os Estados, o que revela também a dissociação cada vez mais clara entre poder político e poder econômico. Empresas transnacionais e ONGs são atores importantes porque inserem indivíduos diretamente em contato com indivíduos de outras nações, sem passarem pela intermediação dos Estados.

Já a opinião pública internacional, por mais que tenha importância, é mais comum vê-la refletindo ecos particulares e vontades específicas de cada nação ou grupo. Isto é, cada um reclama conforme o seu interesse.

²⁶² MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

²⁶³ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

Estes diversos atores revelam as dificuldades que enfrenta o sistema internacional para se autorregular, já que não há uma ordem institucionalmente estabelecida.

Além disso estabelecem-se jogos de força entre os países que revelam as contradições do sistema. Contudo, decisivo parece ser o surgimento das relações de interdependência entre os atores, situação alargada com o desenvolvimento tecnológico, que facilita o transporte e a comunicação, ou seja, aproxima os sujeitos na esfera internacional.²⁶⁴

A interdependência é tanto econômica como política. Na área econômica é mais evidente, sobretudo no mundo liberal, pois fluxos de inflação, por exemplo, podem desencadear ondas de desemprego que afetam várias nações. No campo político Merle dá o exemplo da revolução chinesa, que tirou bilhões de pessoas do mundo ocidental, e transformou Cuba em uma ponta socialista imersa no mundo capitalista.²⁶⁵

Contudo, isso não significa que os Estados-nação irão desaparecer, pois eles seguem como atores de força no cenário internacional²⁶⁶. Mas o que não se pode esconder é que a autonomia e o poder que hoje carregam já não são as mesmas de outras épocas, sobretudo porque não podem ignorar o impacto de atores internacionais como as empresas transnacionais e as organizações intergovernamentais.²⁶⁷

Na sequência observa-se de que modo o pluralismo jurídico pode impactar a visão dos espaços transnacionais. O objetivo é demonstrar como o pluralismo jurídico é a concepção adequada para compreender as regulamentações jurídicas dos espaços transnacionais. O que se propõe aqui não é uma teoria geral

²⁶⁴ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

²⁶⁵ MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**.

²⁶⁶ Importante notar que mesmo os grupos transnacionais precisam se articular também dentro dos sistemas e lógicas nacionais, utilizando moedas nacionais, por vezes tribunais, enfim, não conseguem se desvincular totalmente da lógica das nações.

²⁶⁷ Sugere-se, em especial: CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012; CRUZ, Paulo Márcio, OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos de Direito Transnacional. In: ROSA, Alexandre Morais da, STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 33-52.

de direito transnacional ou direitos transnacionais, mas a defesa de que estes espaços transnacionais são regulamentados, muitas vezes de modo autônomo, e que tais regulamentações precisam ser compreendidas pelo jurista, ainda que o seja para declará-las como ilícitas do ponto de vista estatal, ou para pensar ferramentas de como articulá-las em uma lógica que permita serem reconduzidas aos interesses do bem comum.

No próximo tópico serão utilizados autores contemporâneos que estudam o pluralismo jurídico, adaptando-o à realidade dos espaços transnacionais. A partir deles é possível compreender como se dá a relação entre os argumentos da pluralidade de ordenamentos jurídicos e a emergência dos espaços transnacionais. Em paralelo se retomará pontualmente a teoria romaniana, destacando onde ela pode ser de acréscimo para aperfeiçoar a visão que se possui de tal argumento. São utilizados alguns autores que seguem a argumentação pluralista, ainda que não de matriz romaniana, mas que tentam enfrentar a problemática dos espaços transnacionais.

4.3 REGULAMENTAÇÕES JURÍDICAS EM ESPAÇOS TRANSNACIONAIS

Paul Berman, em *The New Legal Pluralism*²⁶⁸, analisa diferentes proposições que tentam enquadrar o pluralismo jurídico nas problemáticas transnacionais. O autor chama de ‘novo pluralismo jurídico’ por diferenciá-lo do modelo medieval, comumente considerado um estágio embrionário do pluralismo jurídico.

Berman, após discutir vários autores em língua inglesa acerca do pluralismo jurídico moderno, assinala que a tendência é a tomada de uma posição ‘não-essencialista’ acerca do conceito de direito, ou seja, uma atitude que salta a problemática de ‘definição do direito’.

Em tese, não é possível defender um ‘pluralismo jurídico’ sem antes uma

²⁶⁸ BERMAN, Paul. *The New Legal Pluralism*. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, p. 225-242. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505926

clara definição do que seja 'lei', 'direito'. Como é possível defender a existência de inúmeros direitos emanados de fontes distintas sem antes poder propor o que seja o 'direito'?

Entretanto, segundo Berman, é complexo definir Direito em comunidades não-estatais, pois abre-se o risco de formalizar uma definição de Direito que pouco se distancie de meras relações sociais, que seria o erro cometido por vários antropólogos dedicados a estudar relações jurídicas em sociedades primitivas.

A dificuldade de definir 'direito' levou a maioria dos autores a adotarem a posição 'não-essencialista', que seria aquela que não se preocupa em responder o 'que é direito', mas que analisa como direito aquilo que os destinatários veem como direito.²⁶⁹

Do ponto de vista prático esta visão funciona, pois o cidadão de certo país vê as leis de seu país como 'direito', assim como o membro de uma comunidade primitiva vê os costumes e regras de seu povo como 'direito', e o mesmo valendo para a *lex mercatoria* contemporânea e assim por diante.

Ainda assim, não há como ignorar que tal posição causa certo desconforto, pois equivale a discutir algo sem antes saber o *que é* este algo. O problema, conforme aponta Locchi²⁷⁰, é a impressão de que os estudiosos de língua inglesa acerca do pluralismo jurídico raramente se aventuram no estudo de pensadores italianos, o que explicaria a ínfima citação de Santi Romano e outros autores nas obras sobre pluralismo jurídico.

A realidade contemporânea oferece vários desafios ao jurista moderno, tão acostumado a analisar o direito apenas como aquilo que é produzido pelo Estado em seus vários órgãos e poderes. Como o jurista moderno lida com a *lex mercatoria*, construída basicamente a partir de contratos e regulamentações privadas entre

²⁶⁹ BERMAN, Paul. The New Legal Pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, p. 225-242. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505926. Para aprofundamentos acerca da visão 'não-essencialista' ver TAMANAHA, Bryan. **A non-essentialist version of legal pluralism**. J. Law. Soc, v. 27, n. 2, p. 296-321.

²⁷⁰ LOCCHI, Maria Chiara. Breves Reflexões sobre o pluralismo jurídico como paradigma fundamental do direito contemporâneo em sociedades ocidentais altamente diferenciadas. **Revista Brasileira de Direito**, V. 10, Nº. 2, 2014, p. 74-84.

organizações empresariais multinacionais, instituições financeiras, entre outros atores do sistema comercial globalizado? Como o jurista moderno lida com os entendimentos de comunidades indígenas de tantos povos distribuídos pelo planeta, que muitas vezes nutrem concepções de direito totalmente distintas daquilo que o jurista ocidental moderno entende por direito? Como o jurista moderno lida com as relações provindas da internet, ou ciberespaço, situação em que muitas vezes é difícil definir quem seria o poder competente a legislar. Enfim, estes são apenas exemplos de como a era da globalização oferece desafios que o jurista moderno sente enorme desconforto em enfrentar.

Para Tamanaha²⁷¹ são seis os modelos mais comuns de ordenamentos jurídicos encontrados atualmente:

- **Sistemas oficiais:** são os ordenamentos nacionais e também os acordos e tratados assinados pelos Estados nacionais, ou seja, inclui nesta definição tanto as regras de direito nacional como internacional, porque ambos giram em torno da noção moderna de Estado. É certo que mesmo este sistema oficial apresenta inúmeras nuances conflitivas, dependendo do contexto, pois há conflitos de normas municipais, estaduais (provinciais) e federais em Estados federais, conflitos entre regras nacionais e tratados internacionais assinados pelos próprios países, e entre ordenamentos nacionais e aqueles supranacionais, como ocorre em conflitos entre as normas nacionais dos países europeus e aquelas que decorrem do próprio ordenamento da Comunidade Europeia. Ainda assim, como todos estes ordenamentos são 'oficiais', isto é, são os ordenamentos normalmente ministrados nas faculdades de Direito e aplicados pelos tribunais nacionais e internacionais, são todos normalmente categorizados como 'ordenamentos oficiais'²⁷²;

- **Ordenamentos costumeiros (direitos tradicionais):** são os ordenamentos de comunidades locais, como tantos povos indígenas latinoamericanos, tribos africanas, povos aborígenes australianos, dentre outros

²⁷¹ TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism:** Past to Present, Local to Global. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 37.

²⁷² TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism:** Past to Present, Local to Global. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 37-38.

inúmeros exemplos espalhados pelo globo.²⁷³ Em geral são regras não-escritas, transmitidas oralmente gerações após gerações, ancoradas em práticas ritualísticas advindas da própria religiosidade local, e que incluem algum líder tribal como responsável pela resolução dos conflitos internos²⁷⁴;

- **Ordenamentos de matriz religiosa:** nesta categoria podem ser incluídos tanto os ordenamentos que seguem orientações religiosas, como é o caso do Irã e de tantos países islâmicos, em que o jurista não deve apenas conhecer as leis emanadas do Estado, mas também aquelas advindas da própria tradição islâmica, como os ordenamentos especificamente de organizações religiosas, como é o caso do direito canônico da Igreja Católica²⁷⁵;

- **Ordenamento transnacional do sistema capitalista:** aqui a famosa *lex mercatoria* contemporânea surge como melhor exemplo. As megacorporações transnacionais possuem relações comerciais por todo o planeta, gerando contratos privados e regras financeiras não submetidas a qualquer ordenamento nacional, mas aplicadas consensualmente entre os próprios atores. Assim como na Idade Média havia o direito mercantil cosmopolita, respeitado e seguido por todos os comerciantes regularmente organizados nas corporações de ofício, hoje constata-se uma série de relações privadas capitalistas instituídas inteiramente pelos próprios agentes²⁷⁶;

- **Sistemas normativos funcionais:** são os ordenamentos internos de diversas dimensões da vida social. Por exemplo, as competições esportivas oficiais seguem regramentos criados pelas próprias organizações, às quais possuem muitas vezes possuem seus próprios tribunais. É o caso do futebol, regulamento

²⁷³ Interessante notar aqui a questão dos conhecimentos tradicionais, conjuntos de práticas e conhecimentos acerca de plantas, animais, da natureza em geral, que, utilizadas de certo modo, produzem efeitos medicinais ou aplicáveis ao mercado em algum grau. Tais conhecimentos, possuídos por tribos e comunidades tradicionais, não se adequam à lógica tradicional do direito de propriedade intelectual, o que gera um conflito entre os interesses de tais comunidades e a lógica dos Estados nacionais e mesmo dos grandes laboratórios. Para maiores informações ver KHOR, M. **El saqueo del conocimiento**. Barcelona, Icaria, 2003;

²⁷⁴ TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 38-39.

²⁷⁵ TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 38.

²⁷⁶ TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 39-40.

mundialmente pela FIFA e pelas confederações e federações nacionais vinculadas a ela. Outro exemplo é o próprio ciberespaço da internet, que embora também receba a incidência dos ordenamentos nacionais, possui suas próprias regras e instituições. Os endereços das páginas não são distribuídos e criados com base em ordenamentos nacionais, mas pelas regras estipuladas pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN²⁷⁷;

- **Sistemas comunitários locais:** esta seria a categoria mais genérica e vaga de todas, embora extremamente essencial, pois condiz com a realidade de tantas pessoas em todo o planeta. Nos países europeus cada vez mais multiculturais muitos imigrantes não seguem apenas os ordenamentos nacionais de onde vivem, mas também as regras tradicionais e religiosas a qual se filiam, como é o caso de tantos muçulmanos, que devem observar tanto as leis nacionais e da Comunidade Europeia como também aquilo que comanda o Corão e demais textos sagrados de sua tradição. E este tema sequer exige que o foco seja nas comunidades de imigrantes, pois mesmo no Brasil encontra-se tantos conflitos entre o ordenamento nacional oficial e as orientações religiosas seguidas por parte considerável dos cidadãos.²⁷⁸

Poder-se-ia acrescentar uma sétima categoria, aquela dos ordenamentos considerados ilícitos pela maioria dos demais ordenamentos, como as várias correntes mafiosas, organizações de tráfico e lavagem de dinheiro, etc. O fato de ordenamentos oficiais considerarem tais ordenamentos como ilícitos não retira a validade do fato de que são, por si só, ordenamentos, conforme demonstrado por Santi Romano em tópico já abordado. O fato de os estudiosos contemporâneos do pluralismo jurídico renunciarem a tais corpos sociais a condição de ordenamentos apenas demonstra determinada vinculação à ideologia do direito estatal. Não se trata de considerar que tais ordenamentos considerados ilícitos pelo Estado devam ser tolerados, mas que, conceitualmente, se enquadram nos mesmos parâmetros dos demais ordenamentos. O fato deles serem prejudiciais ao bem

²⁷⁷ TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism:** Past to Present, Local to Global. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 39—40.

²⁷⁸ TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism:** Past to Present, Local to Global. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080 p. 39-40.

comum e, portanto, da exigência de serem combatidos, é uma questão de política pública. Ademais, seguindo a visão institucionalista de Romano tais ordenamentos são instituições originárias, no sentido de que fundam a si mesmos, portanto são ordenamentos completos em si mesmos, ainda que considerados ilícitos pelos demais. Lógica similar se encontra em Estados nacionais ou governos que nascem de processos revolucionários ou golpes não reconhecidos como jurídicos por outros Estados nacionais.

Outro ponto a destacar é que os ordenamentos citados que utilizam lógica distinta daquela dos Estados nacionais de alguma forma preenchem espaços não ocupados ou que foram abandonados pelos Estados nacionais. Ou seja, a partir do momento em que há um corpo social, que há vidas sendo regulamentadas coletivamente tendo em vista determinado fim comum, nascerá junto um direito capaz de dar coesão a esta coexistência, ainda que não reconhecido pelos Estados. É necessário sempre reforçar o princípio da primazia da realidade para Romano, de que o conceito deve se adequar à realidade e não o contrário.

Portanto, é justamente nos espaços em que não existe mais totalmente a soberania estatal que fenômenos jurídicos novos surgem, preenchidos por novas forças. Esta lógica vale inclusive para os espaços transnacionais, de modo que a ausência do poder estatal de coordená-los permite que outras forças transnacionais ordenem sua sua existência.

Mais adiante Tamanaha²⁷⁹ apresenta alguns dos principais tipos de conflitos entre ordenamentos jurídicos na contemporaneidade, entre eles:

- **Liberais (individualistas) vs não-liberais (não-individualistas):** certamente um dos mais fecundos conflitos, pois coloca frente a frente a maioria dos ordenamentos nacionais oriundos da tradição ocidental contra as nações que seguem tradições jurídicas e culturais distintas. Temas como tabus religiosos, direitos humanos e de liberdades individuais são os principais focos de conflitos, além das visões distintas daquilo que seria a melhor forma de governo e

²⁷⁹ TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.** Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080, p. 55-57.

organização social. Deve-se salientar que parte considerável das intervenções militares de países ocidentais em nações islâmicas nas últimas décadas tiveram este conflito como justificativa ou pretexto;

- **Ordenamentos capitalistas e de mercado vs normas costumeiras, religiosas e comunitárias:** as práticas mercantis e do grande sistema capitalista transnacional muitas vezes choca-se com as regras milenares de várias comunidades ao redor do globo. Como exemplo cita-se o conflito entre as regras de Propriedade Intelectual e os conhecimentos tradicionais de comunidades indígenas²⁸⁰.

- **Regras baseadas em vencedores e perdedores vs regras baseadas em resoluções consensuais que visam a mútua satisfação:** em geral este conflito se dá entre os métodos mais comuns de resolução de conflito nos direitos ocidentais, em que uma das partes no processo tende a sair como a vitoriosa, e os ordenamentos de várias comunidades locais, em que se visa a solução conjunta. Também coloca em conflito as regras comuns de direito contra aquelas que favorecem a mediação e arbitragem, cada vez mais frequentes nas grandes relações econômicas do mercado transnacional.

De modo mais objetivo e preciso Teubner e Korth²⁸¹ sintetizam que a realidade contemporânea apresenta basicamente dois tipos de conflitos: territorial-segmental e temático-funcional. O primeiro refere-se ao local, seja ele físico ou não, e a qual ordenamento ele está submetido. Uma comunidade indígena situada em território brasileiro deve respeitar o ordenamento oficial brasileiro além daquele tradicional? As relações na internet, a qual ordenamento se submetem? O segundo conflito refere-se a temas. O esporte deve ser regulamentado apenas nacional ou respeitado nas determinações privadas das próprias organizações que o comandam? Ou seja, o conflito sempre decorre acerca do espaço (lugar) ou da matéria (tema).

²⁸⁰ FRANCO, Natalia. Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. **Estudios Socio-Jurídicos**, v. 9, n. 1, Bogotá, 2007.

²⁸¹ TEUBNER, Günther; KORTH, Peter. **Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society**. Oxford: Oxford University Press, 3010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1416041>

Estas duas percepções de conflitos, na visão dos autores, conduzem ao entendimento da aceitação de existência de um sistema jurídico global, explicitamente ou implicitamente intuído.

Para se obter um entendimento mais preciso disto, deve-se proceder da acepção que a lei, seguindo a lógica de diferenciação funcional, tem estabelecido a si mesma de modo global como um sistema social unitário para além das leis nacionais. Um direito unitário global reproduz a si mesmo através de atos legais os quais são guiados por programas diferentes mas que no fim são sempre direcionados ao binômio legal/ilegal. A unidade do direito global é não apenas, como no direito estatal, baseada na consistência de normas jurídicas asseguradas estruturalmente pela hierarquia de cortes; além disso, é baseada em um processo, derivado simplesmente dos modos de conexão entre operações jurídicas, as quais vinculam a legalidade entre sistemas jurídicas heterogêneos ainda mais altos.²⁸²

Esta noção de direito como uma manifestação inerente ao mundo, e que se desdobra em inúmeros ordenamentos locais, nacionais, internacionais, transnacionais e temáticos, é uma concepção jurídica que permite a compreensão bem mais adequada do fenômeno do direito em espaços transnacionais, pois entende ser o direito não mera produção estatal, mas decorrência lógica das interrelações humanas. Partindo desse entendimento sempre existiu e existirá uma visão global de relações jurídicas, sendo a diferença apenas a sua transformação conforme a mudança dos períodos históricos.²⁸³

Para Teubner o único código binário que resistiria a conceituação de qualquer ordenamento jurídico seria o legal/ilegal, ou lícito/ilícito, isto porque em qualquer ordenamento, dos mais primitivos aos mais sofisticados, sempre há a distinção de que existem dois terrenos que não se comunicam, um dos atos lícitos e autorizados por aquele ordenamento, e outro daqueles que merecem ser punidos. A natureza de tais atos varia constantemente, mas o código persiste, pois seria o elemento central de qualquer ordenamento, segundo Teubner.

²⁸² TEUBNER, Günther; KORTH, Peter. **Two Kinds of Legal Pluralism**: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. Oxford: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1416041>. p. 4-5.

²⁸³ Para aprofundamento na concepção apresentada ver as obras EHRlich, Eugen. **Fundamentos de Sociologia do Direito**. Brasília: Editora da UnB, 1967 e TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in World Society. In: TEUBNER, Günther (Org.). **Global Law without a State**. Brookfield: Dartmouth, 1997. p. 3-28.

Provavelmente Romano concordaria com esta visão de Teubner, mas a inseriria numa lógica secundária dos efeitos, pois o código legal/ilegal, ainda que presente em qualquer ordenamento, seria apenas consequência do elemento primordial de qualquer instituição, que é a de ordenar, dar coesão aos vários elementos tendo em vista certo fim comum, dar nascimento a uma instituição objetiva distinta dos membros que a integram. E ora, se o direito ordena, estrutura determinada realidade, o faz definindo limites, daquilo que pode e não pode ser feito, ou seja, estabelecendo a distinção entre aquilo que é lícito e permitido daquilo que é ilícito e proibido.

O processo de colonização europeia nos demais continentes apresentou inevitáveis dilemas de ordenamentos jurídicos totalmente distintos, pois portugueses, espanhóis, ingleses, franceses, entre outros povos, possuíam concepções jurídicas diversas daquelas praticadas pelos povos aborígenes das regiões conquistadas. Ou seja, sempre haverá conflito de ordenamentos. A novidade da sociedade contemporânea é a intensificação e diversificação dos conflitos, que já não são apenas internacionais, mas transnacionais, pois já é possível conceber ordenamentos não dependentes dos Estados nacionais.

Portanto, a concepção aqui apresentada é coerente com aquilo que foi exposto por Santi Romano nos tópicos anteriores. Os próximos tópicos apresentam indicações de como o pensamento de Romano pode contribuir para o melhor entendimento da regulamentação dos espaços transnacionais.

4.4 DA NECESSIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO PARA COMPREENSÃO DOS ESPAÇOS TRANSNACIONAIS

É possível vislumbrar na contemporaneidade a emergência de um certo espaço jurídico global, uma arena de interesses, conflitos, que recebem a participação de múltiplos atores, dos Estados nacionais a empresas, passando por organizações não-governamentais, indivíduos, instituições supranacionais como ONU, UNESCO, entre outras.

Para Cassese isto não ocorre apenas pelas transformações tecnológicas e econômicas, que cada vez mais globalizam as relações e permitem que instituições de um país produzam efeitos em outros, ou que organizações empresariais se constituam de modo a ter sua direção em um local, trabalhadores em outro país, call center em um terceiro, etc, mas também porque existem assuntos que já não podem ser ignorados como questões puramente nacionais. Dois exemplos paradigmáticos são o terrorismo internacional e o aquecimento atmosférico.²⁸⁴

Problemas globais exigiriam soluções globais, mas muitos atores ainda se organizam na esfera nacional, e quando um ente nacional tenta criar medidas para lidar com problemas globais a eficácia será, evidentemente, limitada.²⁸⁵

Outras três consequências da dificuldade com lidar com problemas globais são a) o enclausuramento de alguns Estados, que tendo dificuldades para se envolver com a globalização acabam por se fechar em sua realidade nacional, também com eficácia limitada; b) o fato de que Estados nacionais conseguem produzir problemas globais, como as migrações que decorrem de guerras civis e invasões militares; c) o dado de que a economia se globaliza mais rápido que a política, e a economia, como já visto, passa em grande parte ao largo da regulamentação jurídico-política.

Toda esta complexidade certamente dá origem a uma série de redes e relações de poderes no âmbito global, ou ao menos supranacional.

O sistema dos poderes globais não é menos ramificado que aqueles estatais. Este, porém, apresenta três defeitos. O primeiro é a ausência de uma ordem geral ou de governo. O segundo é a investidura ou a legitimação. O terceiro é a eficácia. O espaço jurídico global é pleno de regimes regulatórios setoriais, cada um com seu sistema de normas e com um aparato convocado a fazê-las serem observadas. Faltam os princípios, all-rounder, de endereço e controle do funcionamento daqueles abaixo do sistema.²⁸⁶

²⁸⁴ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: Giulio Einaudi, 2009. p. 4

²⁸⁵ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato. p. 5.

²⁸⁶ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato. p. 11.

A ausência de governo central, regulamentação, e sobretudo de legitimação demonstraria que esta ordem jurídica global possui apenas legitimação indireta, por meio da legitimação dos Estados nacionais.²⁸⁷

No entanto, há organizações com protagonismo global que sequer foram legitimadas pelo Estado. É o caso da Ican, lembra Cassese, o que tende a gerar a sensação de deficit democrático no espaço transnacional.

O caráter flexível dos organismos supranacionais permite que facilmente consigam interagir e influenciar a esfera econômica e política dos Estados nacionais, de modo a obter aí certo tipo de legitimação indireta, como se o relacionamento oficial com Estados nacionais servisse como reconhecimento de suas autoridades.²⁸⁸

Ainda assim, resta o fato de que grande parte das regulamentações do espaço global não possuem estruturas centralizadas nem legitimadas ou reconhecidas diretamente pelos povos, o que torna consequencial que não exista um constitucionalismo ainda situado globalmente.

Na ordem jurídica global não se é desenvolvido um verdadeiro e próprio direito constitucional [...] A ordem jurídica global, enfim, não possui de regra, caráter diretamente vinculante. Isto assegura a sua efetividade em modos complexos: por adesão voluntária, por mútuo reconhecimento ou suporte, em base à reação dos contra-interessados (sob o controle judiciário).²⁸⁹

Até que ponta a expressão 'ordem jurídica global' seja coerente com a realidade fragmentada do espaço transnacional pode ser discutido, pois a ideia de 'ordem' pressupõe certa organização das coisas, de regras que se entrelaçam em um todo harmônico, que, definitivamente, não é o que se constata em tal cenário, onde os conflitos de interesses por parte dos mais diversos atores produzem regulamentações antagônicas em cada setor. Talvez mais plausível seja falar de

²⁸⁷ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato. p. 27

²⁸⁸ "O caráter setorial das ordens globais facilita, porém, suas penetrações nos ordenamentos nacionais. Estes últimos operam seja como fonte de legitimação dos aparatos globais, seja como destinatários das suas decisões, segundo o 'modelo corporativo' (funcionários estatais fazem parte de colégios constituídos nas organizações globais, operando como trâmites entre as instâncias nacional e aquelas supraestatais)". CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato. p. 134-135.

²⁸⁹ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato. p. 134-135.

espaços transnacionais com suas ordens jurídicas, pois o comércio internacional, a internet, as atividades esportivas, tantas áreas transnacionais possuem seus ordenamentos, mas sistematizar tudo isto em apenas uma ordem jurídica global talvez seja tarefa excessiva. Para Santi Romano somente seria possível vislumbrar tal situação se o inteiro espaço transnacional fosse visto como uma instituição de instituições, equiparando-a ao raciocínio utilizado pelo autor quando analisou o direito internacional.

Nesta seção visa-se demonstrar como a abordagem institucionalista de Santi Romano não pode ser considerada obsoleta, e mesmo um século depois, ainda há ferramentas a oferecer que auxiliem na compreensão da pluralidade de ordenamentos jurídicos que tendem a se proliferar sempre mais nos espaços transnacionais.

Isto porque Romano propõe visão dinâmica do direito, não sedimentada em organização hierárquica estrita. Romano não analisa a relação entre ordenamentos a partir do conceito de hierarquia apenas, ou seja, de modo a identificar qual ordenamento é superior a outro, mas a partir do conceito de relevância, de que um ordenamento existe em si mesmo e pode se relacionar com outros. Um ordenamento é relevante para outro quando seu conteúdo ou os efeitos gerados por ele impactam a existência do outro, ou vice-versa. Portanto, trata-se de abordagem flexível, não estanque, capaz de oferecer capacidade maior de adaptação analítica àqueles que procuram compreender o funcionamento e a interação dos diversos ordenamentos nos espaços transnacionais.

A concepção institucionalista de Santi Romano permite aproximação mais realista à dinâmica da União Europeia enquanto ordenamento jurídico complexo, que interage com os diversos ordenamentos nacionais dos seus Estados-membros.

A União Europeia ainda não criou formalmente uma Constituição aplicável a todos os membros, e inclusive a hierarquia legal entre normas advindas dos Tratados europeus e as constituições e ordenamentos nacionais não é fácil de

seguir, pois não há evidente superioridade de uma norma europeia sobre uma nacional, dependendo da matéria em questão.²⁹⁰

Ainda que a Corte Europeia de Justiça possua o monopólio de decidir por último as controvérsias, o modo de solucionar historicamente não vem sendo realizado de modo estanque, seguindo rigorosamente os preceitos normativos, mas atendendo ao dinamismo adaptativo dos tratados, constituições e das nações europeias, ou seja, observando a mudança gradual que se realiza no interior das instituições que compõem a União Europeia.²⁹¹

A teoria de Romano é mais capacitada a preencher a diferença entre o ordenamento estatal e aquele da União Europeia, ou entre ordenamento da UE e um clássico corpo de direito internacional público, do que muito da literatura jurídica em geral. Primeiro, o ordenamento da UE é uma instituição, e isto por si só deveria desencorajar qualquer tentativa de recuperar a natureza deontológica ou normativa da sua estrutura: uma abordagem ontológica e empírica é muito mais acurada para descrever seu status, mesmo se isto falha em inseri-la nas categorias pré-estabelecidas. Mais ainda, o conceito de relevância [...] é muito útil (muito mais do que aquele de hierarquia) ao interpretar a supremacia e o efeito direto e, mais generalizadamente, a matéria integral da recíproca relação entre a

²⁹⁰ Para aprofundamentos da complexa questão envolvendo os diversos ordenamentos da UE ver CALVIERI, Carlo. *Il nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali*. In: CASSETTI, Luisa (Org.). **Diritti Principi e Garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo**. Jovene: Napoli, 2012. p. 75 e ss. Também CALVIERI, Carlo. **Verso un diritto transnazionale**. In: GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Direito Humanos e UNASUL*. Curitiba: Juruá, 2014. Também bastante prática é a abordagem de Vezzani em VEZZANI, Simone. *Immunità dello Stato Estero dalla Giurisdizione e Diritto di Accesso al Giudice alla luce della Carta dei Diritti Fondamentali: riflessioni in margine al caso Benkharbouche e Janah*. **Rivista di Diritto Internazionale**, 2015, n. 3, Milano.

²⁹¹ “Embora a Comunidade Europeia não facilmente se enquadre na categoria de organizações internacionais, isto por si só não impossibilita de vir a existir e a começar a operar em conexões com os Estados-membros. A coexistência deles pode apenas ser regulada através de dispositivos relacionados como aqueles das doutrinas da supremacia e do efeito direto. Estes princípios asseguram um suficiente grau de autonomia, unidade e coesão sistêmica ao crescimento da Comunidade Europeia, o qual foi preservado pelo estabelecimento do monopólio da Corte Europeia de Justiça como autoridade final de interpretação do direito comunitário (em sua aplicação diária, por outro lado, isto é compartilhado por todos os juízes domésticos). Na estrutura comunitária, a unidade e a identidade do ordenamento são não um produto de hierarquia normativa, mas de estrutura normativa como um reflexo do modelo institucional, como historicamente desenvolvido através dos relacionamentos entre diferentes ordenamentos e atores. A linha sucessiva de emendas dos tratados, até a criação da UE e da adoção do Tratado de Lisboa, claramente demonstra a íntima conexão que existe entre a instituição e suas leis: elas mudam e se adaptam simultaneamente e, em princípio, não há resposta única para a questão de se há uma instituição desenvolvida por causa de reformas legislativas ou se há, diferentemente, um sistema moldado por legislações”. FONTANELLI, Filippo. *Santi Romano and L'ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations*, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011, p. 89.

UE e seus Estados-membros.²⁹²

Neste caso não se trataria de estabelecer hierarquia entre o ordenamento da União Europeia e os ordenamentos nacionais, mas sim de verificar a relação de relevância entre eles, de o conteúdo e os efeitos produzidos por um impactam o outro ordenamento. Esta ausência de hierarquia não pressupõe instabilidade, conflitos, entre os ordenamentos nacionais e aquele supranacional da União Europeia, mas apenas reflete o espírito perseguido por esta instituição de instituições, que seria o de equilibrar os interesses nacionais em prol do bem comum europeu. Em outras palavras a União Europeia concebe a si mesma como um processo, e não um ordenamento estanque e hierárquico.²⁹³

Também para o direito internacional em seu cenário atual a abordagem de Romano pode oferecer subsídios, pois baseia sua análise não na necessidade de existência de um poder central coercitivo, como seria a teoria kelseniana, mas na identidade das instituições. Além disso, como lembra Fontanelli, mesmo o fato de Romano ter analisado o direito internacional de quase um século atrás não inviabiliza a adaptação de sua visão para os tempos atuais, pois o dinamismo do institucionalismo permite sua aplicabilidade à complexidade pluralista do direito internacional contemporâneo. Hoje o direito internacional é fragmentado em normas aplicadas ao comércio, ao meio ambiente, à proteção dos direitos humanos, e assim por diante, e inclusive com várias instituições supranacionais dotadas de poderes para intervir nesses campos, como é o caso da ONU. Entretanto, assim como Romano, já em seu tempo, percebeu a interação entre o Estado e instituições que podem ser chamadas de corpos intermediários, como as famílias, as organizações empresariais, os partidos políticos, os sindicatos, não é difícil perceber que em uma era globalizada o Estado precisaria interagir com tantas outras instituições também exteriores ao seu território.²⁹⁴ A realidade atual não mais faz do que expandir a

²⁹² FONTANELLI, Filippo. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011, p. 90.

²⁹³ "Isto é, o ordenamento é encontrado não no projeto (as normas), mas no processo e nas práticas (a sociedade viva). Este se desenvolve e se define através do tempo, e possui sua qualidade jurídica que o distingue de outros corpos sociais [...]". FONTANELLI, Filippo. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011, p. 92.

²⁹⁴ "A unidade do ordenamento internacional, no entanto, não implica que não existam instituições

noção pluralista dos ordenamentos jurídicos já anunciada por Romano. E para compreender a interação entre os Estados e tais instituições basta se atentar ao conceito de *relevância*, sem a necessidade de observar determinada estrutura hierárquica entre as instituições.

A partir do critério da relevância é preciso notar que o direito internacional ambiental, comercial, dos direitos humanos, não são ramos que existem de modo totalmente autônomos, mas todos dependem de princípios gerais que regulamentam as relações inter-estatais, ou seja, todos eles podem ser melhor compreendidos a partir da relevância que o direito internacional em sua generalidade, como direito que regulamente as relações entre Estados, possui sobre áreas específicas quanto ao conteúdo do próprio direito internacional.²⁹⁵

No entanto, é nas relações que se desenvolvem no cenário transnacional que talvez a teoria romaniana encontre fecundidade ainda mais decisiva, pois aqui é capaz de oferecer insights que as abordagens convencionais parecem sentir dificuldade de fazê-lo.

Fontanelli defende que a proposição romaniana que faz o conceito de direito retornar ao de instituição, rompendo com a exigência de relação com a instituição do Estado, possui aplicabilidade na compreensão das regulamentações

autônomas que são integrantes do sistema geral, tais como comunidades epistêmicas relacionadas a campos específicos do direito internacional (direitos humanos, comércio internacional, proteção ambiental, cooperação para o desenvolvimento, etc.). Romano não poderia antever o processo de diversificação do direito internacional que caracteriza a segunda metade do século XX, mas isto não dificulta a aplicação de sua doutrina do pluralismo (como explicado em respeito às comunidades intermediárias no interior do Estado) para o estágio atual do direito internacional: existe uma variedade de sistemas especializados que podem ser reconhecidos não tanto pela aparência dos instrumentos jurídicos formais estabelecidos ou pelo governo deles (de fato, não pode ser dito que exista um sistema jurídico de direito internacional para cada tratado), mas pela aplicação do teste da instituição: é possível isolar no sistema mais amplo várias comunidades autônomas organizadas que perseguem propósitos específicos ou um grupo de propósitos. Também, os tipos de relevâncias explicados acima na teoria de Romano sobre o pluralismo vêm a clarear a classificação de processos interordenamentais". FONTANELLI, Filippo. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011, p. 94-95.

²⁹⁵ FONTANELLI, Filippo. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011, p. 95.

do espaço transnacional, quando muitas das regras que condicionam a vida das pessoas não se originam das engrenagens estatais.²⁹⁶

A teoria de Romano seria capaz de encontrar a identidade jurídica que torna aceitável considerar tantos fenômenos do espaço transnacionais como ordenamentos jurídicos, na medida em que podem ser reduzidos ao conceito de instituição. Fontanelli utiliza o caso da *lex mercatoria* para demonstrar como se enquadra na visão romaniana de instituição, ainda que tantas abordagens clássicas e contemporâneas neguem a ela a conotação jurídica.

Primeiro, a relativa coesão entre os corpos de regras, práticas e pronunciamentos nos quais a *lex mercatoria* é inserida como matéria de fato; no mínimo, isto pode ser dito que, apesar de relativas inconsistências, elas podem alcançar certo grau de previsibilidade e estabilidade no mundo das relações comerciais transnacionais. Neste sentido, há certamente um corpo social, uma *societas mercatorum* que contribui para formular e, se beneficiar, de regras substantivas da *lex mercatoria* e de processos secundários que asseguram sua operação. O fato que esta sociedade seja desterritorializada, e que membros singulares se preocupem mais com a reivindicação de seus interesses econômicos mais do que na construção de um sistema jurídico, não é relevante: assim como na fábula de Bernard Mandeville sobre as abelhas egoístas, os vícios dos comerciantes podem resultar em benefícios públicos, isto é, na emergência de um sistema jurídico que transcenda singulares e privadas transações.²⁹⁷

Ou seja, há uma coesão de regras, práticas e pronunciamentos que são seguidos pela comunidade empresarial capaz de interferir nas relações econômicas transnacionais. Há um corpo de pessoas e instituições envolvidas nesta realidade que bem poderia ser chamada de *societas mercatorum*, cujo sistema de regras

²⁹⁶ “A teoria de Romano [...] é profética no sentido de que rejeita a proposição que o direito é meramente um produto da vontade do Estado [...]. Além disso, a recusa de Romano de ver o direito estatal como o critério de legalidade escapa da tendência de considerar o direito como somente aquilo que se assemelha ao direito estatal, uma tendência claramente emergente na literatura de certos aspectos dos regimes transnacionais (ao discutirem suas legitimações democráticas, origem pública, aplicações por judiciários, etc.) que trai a preconcepção que os atributos do direito estatal são decisivos no teste do binômio direito/não-direito. Ao advogar a pluralidade de ordenamentos estatais e a importância da autonomia como opostas à autoridade estatal, a teoria de Romano se torna bem situada para explicar e interpretar a natureza e posição da regulamentação transnacional, da ligação entre suas forças voluntárias”. FONTANELLI, Filippo. Santi Romano and L’ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011, p. 100.

²⁹⁷ FONTANELLI, Filippo. Santi Romano and L’ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011, p. 109.

criado por eles mesmos se aplica a eles mesmos, com ou sem a assunção estatal ou mesmo de organizações internacionais.

Além disso, não basta argumentar de que cada empresário possui objetivo meramente individual de perseguição do próprio lucro, e que portanto seria impossível reduzir a *lex mercatoria* à uma instituição, pois o estabelecimento de regras e práticas comuns demonstra que existe uma plataforma mínima de interesses mútuos, pois os jogadores compreendem que estas definições de regras e práticas são necessárias para a manutenção e frutificação das próprias relações comerciais em espaços transnacionais. O interesse comum, portanto, seria a consolidação deste espaço comercial transnacional que permitisse cada um buscar seu interesse privado.²⁹⁸

Para demonstrar o potencial que possui a abordagem romaniana como ponto de partida de compreensão das transformações em atos observa-se o que diz Teubner, um dos expoentes na discussão acerca do pluralismo jurídico global contemporâneo, que defende o argumento de que muitas novas formas de regulamentação, entre elas a já citada *lex mercatoria*, emergem autonomamente como sistemas em si mesmos, ainda que não necessariamente vinculados à órbita estatal. Da mesma forma os esportes e questões referentes à ecologia aos poucos vão formando regulamentações a partir de suas próprias instituições.²⁹⁹

Ou seja, as fronteiras que começam a delimitar as regulamentações paulatinamente deixam de ser apenas a clássica separação territorial, pautada nos ordenamentos nacionais, começando a tomar a forma de separações por matérias e conteúdos, mais do que por territórios.

Direito global pode apenas ser adequadamente explicado como uma teoria de pluralismo jurídico a qual retorna do direito de sociedades coloniais para o direito da diversidade étnica, cultural e de comunidades religiosas nos modernos Estados-nacionais. Isto

²⁹⁸ Aqui poderia ser realizada análise comparativa com o direito comercial medieval, entre as diversas corporações. Antes da emergência dos Estados nacionais os comerciantes medievais, ainda que concorrentes entre si, construíram um conjunto de regras, muitas delas não-escritas, que regulamentavam as práticas comerciais, pois entendiam que sem tal harmonia mínima o próprio comércio tem sua existência ameaçada, e sem comércio seguro sequer há a possibilidade dos comerciantes realizarem seus lucros privados.

²⁹⁹ TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 2

necessidade nova virada - de grupos para discursos. É necessário focar a atenção no novo corpo de normas que emerge dos vários processos de globalização em múltiplos setores da sociedade civil que são independentes das leis dos Estados-nacionais.³⁰⁰

Teubner fala em 'global law', em possível 'direito global', expressão certamente criticável, sobretudo seguindo a acepção romaniana, pois é difícil conceber um tipo de direito erguido pela comunidade mundial em sua totalidade. Mais sensato parece a expressão 'pluralismo jurídico global', enfatizando que o espaço globalizado é dividido por inúmeros ordenamentos jurídicos, não todos vinculados à esfera dos Estados nacionais. Depois, caso se defenda que vários desses ordenamentos possam alcance global pode-se abrir determinadas discussões, e nesta acepção a expressão 'direito global' conquiste força, mas ainda neste caso então seria mais prudente falar em 'direitos globais'.³⁰¹

Ressalvada esta crítica a visão de Teubner é coerente com a presente exposição e capaz de oferecer subsídios importantes para a atualização do argumento de Romano aos tempos presentes. De fato, Teubner chama atenção para o dado de que muitas regulamentações no espaço transnacional não nascem de laços tradicionais entre membros dos mesmos grupos, comunidades e povos, mas a partir de relações visando fins comuns, sejam eles o estabelecimento de negócios ou da padronização de regras para modalidades esportivas ou como lidar com as questões ecológicas. Ou seja, setores independentes da sociedade civil global começam a ganhar força e criar suas próprias regulamentações.³⁰²

³⁰⁰ TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 3

³⁰¹ Não é este, certamente, o entendimento de Teubner acerca da expressão 'direito global'. Observe-se o que diz o autor: "[...] levando em consideração a fragmentada globalização dos diversos sistemas sociais, esta teoria poderia oferecer pesos diferentes referentes às produções normativas. Uma teoria de pluralismo jurídico perceberia o direito global econômico como um altamente assimétrico processo de autorreprodução normativa. Direito global econômico é direito com um 'centro' subdesenvolvido e uma 'periferia' altamente desenvolvida. Para ser mais preciso, é um direito no qual o 'centro' é criado pelas 'periferias' e permanece dependente delas. Lex mercatoria, então, representa a parte do direito global econômico que opera na periferia em direta 'relação estrutural' com organizações e transações econômicas globais. É um direito oriundo de regras paralegais produzidas às 'margens' do direito, como um fronteira com os processos econômicos e tecnológicos." TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 8. Neste caso o direito econômico global seria um direito construído sem centro, mas a partir das periferias, de diversas instâncias, sendo a lex mercatoria uma de suas manifestações. A dúvida é se seria possível organizar todas estas regulamentações da economia dentro de uma lógica, ainda que fragmentada, de 'direito econômico global'.

³⁰² "A fonte social do direito global não é o mundo-da-vida das redes pessoais globalizadas, mas o

Para Teubner são quatro as características que estariam presentes nestas novas regulamentações que começam a emergir no cenário globalizado:

I - Fronteiras não mais marcadas pelas divisões territoriais e sim por demarcações invisíveis envolvendo associações profissionais, relações entre corporações, instituições, etc, tal como já levantado;

II - Fontes do direito: a procura pelas fontes do direito em sistemas hierárquicos e organizados será cada vez menos relevante, cedendo espaço a direitos que se formam a partir de si mesmos, da própria interação entre os atores envolvidos;

III - Independência das regulamentações, com muitas vezes cada uma existindo à margem das demais, também diferente do sistema hierárquico dos ordenamentos nacionais;

IV - Unidade do direito: a ideia moderna de que todo o ordenamento seja capaz de convergir a um único ponto, tal como preconizado pela norma fundamental kelseniana, dificilmente será capaz de ser obtido no cenário globalizado, em que as divergências culturais, sociais tenderão a produzir regulamentações plurais, fragmentadas e muitas vezes contraditórias entre si.³⁰³

Para Teubner a aceitação de que tais regulamentações podem ou devem ser entendidas como normas jurídicas se basearia na mudança de paradigma das definições doutrinárias para a empiria. Ou seja, no mundo globalizado não seriam mais as definições teóricas, as construções doutrinárias que determinariam o que é ou não é direito, mas a empiria, a experiência concreta que regulamenta a vida real. E neste paradigma empírico Teubner encontra fundamento para considerar não somente a *lex mercatoria* como direito autônomo, ainda que não reconhecido

proto-direito de especializadas, organizacionais e funcionais redes que formam um global, mas de limitada identidade. O novo direito vivo do mundo não é nutrido pela tradição mas pela auto-reprodução em andamento de redes altamente técnicas, especializadas, raramente organizadas, redes globais de naturezas econômicas, culturais, acadêmicas ou tecnológicas". TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 5.

³⁰³ TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 5

totalmente pela esfera estatal, mas tantos outros fenômenos que emergem no espaço transnacional.³⁰⁴

A defesa da empiria como critério de verificação do que seja ou não direito pode ser relacionada com a justificativa romaniana da realidade jurídica, de que o 'conceito deve se adequar à realidade' e não o contrário. Ou seja, é a realidade, a experiência concreta que informa o que as sociedades entendem por direito e não a definição doutrinária. O próprio Romano lembra que isto não significa que todas as pessoas e instituições devam reconhecer como lícito determinado direito. A organização criminosa possui direito em sua própria autonomia, seguindo a lógica da realidade jurídica, mas tal direito é considerado ilícito pela instituição do Estado. O que deveria ser verificado, caso a caso, é o critério romaniano da relevância entre ordenamentos, observando de que modo eles interagem entre si e os efeitos produzidos. Com isto busca-se dizer que o Estado não é obrigado a reconhecer como lícito o fenômeno da *lex mercatoria*, por exemplo, mas deve o jurista atento, cientista, compreender este fenômeno como movimento da sociedade e daí compreender a interação com as demais instituições.

Teubner também rejeita alguns elementos tradicionalmente considerados como definidores da norma jurídica, tais como a existência de sanção e a capacidade de exercer 'controle social'. A sanção não seria definidora porque cada vez mais são produzidas normas que não preveem sanções, de tal modo que os juristas mais contemporâneos tendem a vê-la como uma das formas simbólicas da norma, e não sua essência. Já Romano dizia que a sanção é apenas efeito de uma norma jurídica, e não sua causa ou essência.³⁰⁵

³⁰⁴ "Nossa questão definitiva poderia ser: onde estão normas concretas atualmente produzidas. Em política nacional e nas relações políticas internacionais? Em processos judiciais dentro dos Estados-nacionais e nas cortes internacionais? Ou em processos globais econômicos e em outros processos sociais? A hipótese também parece ser bem fundada em experiências jurídicas de que um direito global econômico está se desenvolvendo para além das três dimensões. Isto pressupõe uma teoria pluralística de produções normativas que aborda produções políticas, jurídicas e sociais de normas no mesmo patamar". TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 8.

³⁰⁵ TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 9.

Quanto a controle social, porque tal expressão é indeterminada, já que o controle social certamente se produz não somente através do direito, mas também da moral, dos hábitos religiosos e de tantas outras instituições.³⁰⁶

Para Teubner o binário que ainda é essencial ao direito é o 'legal/ilegal', porque este não é exclusivo do direito nacional e estatal, mas sim inerente a qualquer fenômeno jurídico.³⁰⁷

Identificado que existem regulamentações jurídicas com alcance global na contemporaneidade resta ainda uma pergunta, segundo Teubner: quem valida tais regulamentações? Sem instituições políticas globais que substituam os Estados nacionais quem autoriza, dá fundamento a tais regulamentações? Para Teubner a única resposta possível está na autovalidação. As normas são válidas e aplicadas porque validadas e justificadas pelos próprios membros que interagem naquele contexto. A *lex mercatoria* é certamente um dos fenômenos mais evidentes nesta situação, pois os contratos privados, seguindo regras costumeiras e de cortes arbitrais independentes, não se valida nas normas estatais, mas na aceitação dos comerciantes envolvidos.³⁰⁸

De certa forma é como se a lógica do direito privado alcançasse dimensão global, mas sem os clássicos freios do direito público, sobretudo constitucional. Não se trata aqui de declarar se tal movimento é justo ou injusto, benéfico ou prejudicial à sociedade civil global, mas compreender sua existência, e a partir daí as demais instituições podem tomar suas posições, abrindo as relações de relevância (ou não) com aquele ordenamento específico da *lex mercatoria*.

Teubner chega a dizer que estes novos fenômenos jurídicos, que se validam em si mesmos, são como revoluções violentas que criam direito a partir de si mesmas, afirmando que para uma revolução não é necessário que exista reconhecimento externo de outras ordens jurídicas, pois ela mesma busca criar o próprio direito.³⁰⁹ Certamente aqui pode se fazer paralelo com Romano, que assinala

³⁰⁶ TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 9.

³⁰⁷ TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 9-10.

³⁰⁸ TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 11.

³⁰⁹ TEUBNER, Günther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World Society. p. 14.

argumento similar quando apresenta os movimentos revolucionários como germes de instituições em si mesmos, capazes de triunfarem e darem nascimento a novos ordenamentos jurídicos.³¹⁰

Por fim, é importante notar que Teubner segue a linha argumentativa do direito autopoietico, similar à perspectiva de Luhmann, de que o direito é um sistema que se autovalida e se autoreproduz a partir da interação com outros sistemas (morais, econômicos, culturais, etc.).

Retomando Romano, a percepção de que tais sistemas se autovalidam é ponto de partida indispensável, pois cada vez mais a vida globalizada caminha para espaços não preenchidos (ou ao menos não totalmente) pela lógica estatal. Entretanto, isto não significa que tais espaços sejam anárquicos, que não sejam regulamentados, pois qualquer corpo social, para garantir sua permanência no tempo, precisa de determinada ordem, de certa estruturação que permita tal instituição existir objetivamente de modo distinto dos seus membros.

Cada ordenamento jurídico visa satisfazer a si mesmo, e por consequência seus membros, e muitas vezes esta satisfação não é benéfica para outros ordenamentos com o qual interage, de modo pacífico ou violento. Deste modo, é aqui que a preocupação do debate ganha novos contornos, pois a ciência jurídica contemporânea, centrada excessivamente no enfoque monista-estatalista, não consegue alcançar determinados espaços que existem enquanto fluxos, não são espaços físicos, territoriais, mas fenômenos oriundos da globalização, geradores de relações privadas transnacionais. Estes espaços, que buscam satisfazer a si mesmos, pois assim o faz qualquer ordenamento jurídico, podem colocar em risco a integridade dos ordenamentos estatais, e, com efeito, dos indivíduos que vivem principalmente sob a órbita estatal. O fato de existirem tantas instituições já funcionando em lógica transnacional não modifica a realidade de que para a maioria da população mundial a lógica estatal ainda é o ordenamento central que conduz suas vidas. Entretanto, esta minoria da população, que coordena espaços

³¹⁰ Para aprofundamento ver o verbete *Rivoluzione e diritto*, no *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, de Romano, obra já citada neste trabalho..

transnacionais, sobretudo aqueles de fluxo econômico, decidem questões que atingirão a vida direta desta maioria.

De modo mais incisivo, o Estado nacional, ao ver sua soberania reduzida, acaba por permitir que a vida de seus cidadãos seja conduzida por esta minoria que já vive em lógica transnacional. É o caso do fenômeno da crise grega, em que uma comissão de técnicos, que existe porque há toda uma lógica de poderes e instituições transnacionais por trás, no qual assuntos vitais do cotidiano das pessoas, como previdência social e direitos trabalhistas, são decididos por ordenamentos alheios ao seu Estado. Ou seja, o fato de a maioria da população não ter condições de alcançar uma lógica transnacional não contradiz a realidade que esta mesma maioria é condicionada diariamente por instituições que já funcionam em lógica transnacional.

E aqui retorna o argumento da convicção romanesa de que o Estado poderia superar sua crise, cem anos atrás, e integrar em seu ordenamento as novas forças que surgiam, no caso associações profissionais, sindicais, etc. Naquele contexto estas novas forças eram ameaças, mas ainda mais frágeis que o grande aparato do Estado. Agora a situação é distinta, o Estado se vê atacado por todos os lados por instituições que o transcendem enquanto lógica, pois enquanto o Estado existe dentro dos parâmetros modernos do tempo e do espaço, já há instituições que existem enquanto fluxo, enquanto relações privadas, contatos, costumes, que independem do tempo e do espaço para produzirem efeitos. E quando estas instituições, que por via da utilização das novas tecnologias e sistemas, ainda detêm grande parte do poder financeiro mundial, é inevitável que sejam capazes não apenas de influenciar, mas por vezes de controlar a vida de Estados nacionais.

Certamente ainda há as grandes potências, como os Estados Unidos, a China, a Rússia, a União Europeia se entendida enquanto nação unitária, que são capazes de determinar em maior ou menor grau a sua vida interna, mas isto é pouco realista quando aplicado à maioria das nações ao redor do planeta. Inclusive porque talvez várias destas instituições que existem em lógica transnacional sejam coligadas direta ou indiretamente a tais grandes potências.

Neste contexto como é possível falar em promoção do bem comum? Em defesa da sustentabilidade, dos direitos humanos, da paz mundial ou de quaisquer outros valores humanistas? É possível, desde que se mantenha esta dupla lógica, intuída por Romano em seus escritos:

A) A pluralidade dos ordenamentos jurídicos é evidente, necessária, resultado da realidade concreta, portanto inafastável.

B) O fato de existir a pluralidade não significa que não seja necessário uma ou mais instituições capazes de garantir a preservação do bem comum daqueles que vivem em cada contexto. Na época moderna isto foi produzido pelo Estado, a instituição que nasce para dar ordem aos vários ordenamentos que coexistiam em determinado território para determinado povo. O Estado se autoafirmou como soberano para regulamentar a si mesmo e as instituições que dependiam dele ou que existiam em seu espaço físico. Hoje o Estado não parece mais capaz de realizar tal proeza, ainda que Romano tenha afirmado esta convicção em discurso de século atrás. Mas isto não invalida o pensamento de Romano, pois a decadência estatal não elimina o fato de que uma ou mais instituições capazes de harmonizar os interesses difusos sejam uma exigência racional e prática.

Com base nesta dupla premissa lógica chega-se à conclusão: ou os Estados nacionais se adaptam em nova lógica transnacional, seja como uma confederação sempre maior de Estados, ou é necessário pensar na construção de espaços públicos transnacionais nos quais os Estados sejam atores protagonistas. E tais espaços precisariam existir justamente para controlar os fluxos transnacionais e serem capazes de reconstruir uma defesa do bem comum.

Ainda assim não se pode esquecer tais espaços não podem ser pensados como tradicionalmente se faz, enquanto tribunais ou organismos centrados em lógica moderna, pois qual a força de um tribunal, que decide alguns casos jurídicos diariamente, para controlar todo um fluxo de informações que percorrem a transnacionalidade a cada instante? A mera construção de espaços supranacionais é insuficiente, é fundamental que um ordenamento supranacional seja capaz de existir não organizado territorialmente e temporalmente, mas enquanto fluxo, na lógica

transnacional.

Portanto, o pluralismo jurídico continuará porque decorre da natureza social e plurirrelacional do homem, mas isto não exclui a necessidade de uma ou mais instituições superiores que visem a preservação do bem comum. Pensar tal contexto é exigência dos juristas contemporâneos, e que possuem em Romano, ponto de partida adequado para compreensão das transformações em ato.

O pluralismo continuará porque é a necessidade a fonte primeira do direito, então se o Estado já não consegue preencher certas áreas da vida é certo que outras instituições serão movidas pela necessidade a realizarem tal ato. No entanto, tais instituições podem buscar, sobretudo, os próprios interesses, prejudicando as expectativas de um benefício comum. Portanto, com base em Romano, não se trata de ideologicamente afastar os novos fenômenos dos espaços transnacionais como não jurídicos porque não se enquadrariam na lógica moderna de direito produzido pelo Estado, e sim de reconhecê-los como atividades conduzidas pela necessidade, geradas pela ausência de protagonismo da instituição estatal naqueles setores. Com isto não se precisa dizer que o Estado deva ser omissivo, e sim que o jurista contemporâneo tenha a sensibilidade para compreender que novas formas de organizações jurídicas estão por nascer. O Estado moderno, ainda que instituição mais sólida da modernidade, não poderia almejar concentrar em si toda a manifestação jurídica, pois isto é contrário a um dado da realidade, de que o homem se relaciona socialmente de inúmeras formas, e este fato cada vez mais se torna explícito no mundo globalizado, que por todos os lados vê enfraquecer o protagonismo estatal. Portanto, na origem há um erro de tentar enquadrar as relações humanas em um viés reducionista que até poderia servir para determinados contextos históricos, mas a médio ou longo prazo seria insuficiente.

Ainda assim resta necessário o princípio da supremacia dos interesses comuns sobre os parciais, que uma vez foi ou é defendido pelo Estado. Reconhecer o pluralismo jurídico como inevitável, inclusive nos espaços transnacionais, não significa abandonar ao projeto de que é necessária uma instituição capaz de tal responsabilidade. O que se deve discutir, então, é se tal responsabilidade pode ainda ou não ser encarregada ao Estado.

De modo sintético, a fragmentação do pluralismo jurídico nos espaços transnacionais é hoje evidente porque o pluralismo decorre da própria natureza social do homem. Além disso, quando a humanidade começa a desenvolver novos tipos de relações, comportamentos, tecnologias, e o direito clássico não acompanha tais transformações, a própria necessidade, fundamento primeiro do direito, moverá determinados indivíduos a articularem as instituições, atuais ou por nascer, a acompanharem tal ritmo. Daí que, se o Estado não se articula, outras instituições o fazem. E repete-se, isto não significa dizer que tal processo é benéfico a todos, e sim que é consequencial às transformações em ato.

Cada vez mais a ciência jurídica, portanto, precisa de uma abordagem que reconheça o pluralismo, a visão institucionalista, mas ao mesmo tempo isto não importa em abandonar os debates acerca da necessidade de instituição ou instituições capazes de harmonizar os interesses fragmentados em prol do bem comum, sendo este bem comum cada vez mais de dimensão planetária.

CONCLUSÕES

Delineados os elementos que compõem a presente tese é o momento de apresentar suas conclusões.

Na primeira parte foram esboçados conteúdos introdutórios sem os quais não se poderia avançar, vinculados à discussão acerca do monismo e do pluralismo jurídico. A partir de argumentos filosóficos e sociológicos acerca da natureza social do homem foi demonstrado que o ser humano, diferente dos demais animais, tende a ser plurirrelacional, no sentido de estabelecer diferentes tipos de interações com os seus semelhantes.

Enquanto aquelas espécies animais consideradas de comportamento coletivista, como as abelhas, desenvolvem agrupamentos visando basicamente a própria sobrevivência, os seres humanos formam tipos de relações que tendem ao infinito, e várias dessas relações carregam a potência de fazerem emergir corpos sociais ou instituições. Certo indivíduo, que nasce no interior de determinada família, ao estabelecer relação de casamento com outra pessoa pode originar nova família, a partir dos filhos, da propriedade, etc. Este mesmo indivíduo ao integrar uma organização empresarial como sócio origina outra instituição, da sociedade empresarial, e ainda pode participar de um partido político, de uma associação esportiva, de fundações culturais, e assim por diante. Além de tudo, este indivíduo tende a integrar a dimensão maior de um Estado nacional, o qual participa enquanto cidadão. Observa-se, portanto, que o ser humano formaliza distintos tipos de pólos de relação, e destas relações podem nascer instituições.

Instituições porque embora originadas da relação de alguns indivíduos elas tendem a transcender a vida individual daquelas pessoas, persistindo para além delas historicamente. Por isto uma família, um Estado, uma empresa, podem existir por gerações, séculos, porque a partir de certo ponto conquistam identidade própria, distinta dos membros que a compõem, inclusive de seus fundadores. Como lembraria Santi Romano, as instituições são meios por quais os seres humanos participam de projetos que tendem à eternidade, porque transcendem sua pequena vida temporal.

Já Aristóteles apresentava o conceito de *philia* como elemento base na formação das famílias, cidades, instituições em geral. Isto porque *philia*, que pode ser traduzida como 'amor', 'amizade', era termo que poderia ser aplicado a diversos contextos e com significados distintos. É distinta a *philia* entre pai e filho daquela *philia* entre marido e esposa, distinta ainda da *philia* entre mestre e aluno, entre negociantes, entre amigos, e assim por diante. Cada tipo de *philia*, lembra Gurvich, poderia gerar um tipo de corpo social.

Sacco enfatiza que o ser humano, por onde se analise em sua constituição social, diferente dos demais animais, tende sempre à diversidade de relações, à pluralidade nas formas de estabelecer convivialidade, modos de viver em sociedade. Os agrupamentos dos animais dentro de cada espécie são sempre basicamente organizados da mesma forma, com a mesma relação hierárquica, com os mesmos regramentos derivados dos instintos. Já o ser humano vive em sociedade, mas esta sociedade pode ser uma tribo ou aldeia, tal como vivem povos aborígenes da Austrália ou indígenas latinoamericanos, pode ser um clã, ou mesmo na forma das complexas e fragmentadas sociedades contemporâneas, marcadas pelo crescente multiculturalismo. Mesmo a família se organiza de modo distinto conforme época e lugar, do modelo nuclear padronizado em marido, esposa e um ou dois filhos até as famílias numerosas que prevaleciam até poucas décadas atrás.

O pluralismo é, portanto, decorrência da própria natureza do ser humano enquanto ser plurirrelacional. E este pluralismo, esta diversidade, que parece buscar sempre a novidade, pois se o homem nasceu com a faculdade da criatividade é porque está ínsito em sua natureza buscar sempre o novo, parece rejeitar a padronização, a unificação dos padrões de comportamento em apenas um estilo de vida.

Aqui, lembra Sacco, nasce o risco maior da era da globalização, que possui em seu projeto a padronização dos comportamentos das pessoas ao redor do globo sempre na mesma direção, sempre voltada a determinado modo massificado de se viver. Talvez isto se deva, em grande parte, ao fato de que o principal motor de globalização seja o econômico, e este carregue consigo a marca da cultura estadunidense, do *jeans* à Coca-Cola.

A pluralidade é natural do ser humano. Pluralidade de cultura, de costumes, de religiões, de ideologias, de filosofias, de concepções políticas, econômicas, de moda, de culinária, de arte, e de direito. Se a pluralidade é natural, se a espécie humana tende a se organizar de modo distinto conforme as condições específicas de cada contexto, inevitavelmente o direito não será único, mas plural, oriundo das especificidades de cada situação, de cada corpo social ou instituição. Cada corpo social terá um ordenamento jurídico conforme a sua especificidade, resultando daí que existirão tantos modos de ordenamentos jurídicos quanto tantos modos de corpos sociais a espécie humana for capaz de gerar. Esta é, inclusive, uma das conclusões mais importantes do pensamento de Romano.

É por isto que quase sempre a história das civilizações apresenta sociedades organizadas juridicamente de modo plural, isto é, no mesmo espaço territorial e em meio às mesmas pessoas coexistiriam diversos ordenamentos jurídicos, todos oriundos de fontes distintas. Nas polis gregas, como Atenas, por exemplo, não havia um direito nacional de cada polis que se manifestasse sobre cada cidadão, mas um direito originado de cada fragmento da polis. Cada família era entendida enquanto uma comunidade dentro de uma comunidade, e por isto era autônoma para regulamentar a si mesma. Já o exercício dos direitos políticos e de cidadania eram utilizados conforme o direito criado pelas assembleias e organizações políticas da Cidade. Mas mesmo este direito precisava se conciliar com as regras consuetudinárias e tradicionais, muitas delas provenientes da religião. Daqui se extrai complexo mosaico de fenômenos jurídicos que se entrecruzam e convivem pacificamente no mesmo espaço físico e entre as mesmas pessoas. É certo que haviam os conflitos, tal como se manifesta na *Antígona*, de Sófocles, o qual apresenta justamente um enfrentamento entre ordenamentos, daquele familiar contra o da Cidade, das regras consuetudinárias e tradicionais contra a vontade política temporal.

No entanto, talvez seja o período medieval que apresente de modo mais preciso e didático a manifestação do pluralismo jurídico, naquele período que autores como Grossi e Hespanha chamam de *ius commune*, quando cada dimensão da vida social era autônoma e capaz de ordenar a si mesmo. Quando envolvia-se na

própria família o sujeito precisava respeitar as regras implícitas e explícitas daquele ambiente, quando praticava a vida espiritual deveria se submeter aos ditames da Igreja, tanto em suas práticas como naquilo que prescreve o direito canônico, quando se envolvia no comércio seguiria as práticas cosmopolitas de um direito dos comerciantes, e assim por diante. Além disso, as nascentes universidades redescobriam o direito romano em toda a sua beleza, inteligência e fecundidade, e com ele eram capazes de solucionar inúmeros dilemas práticos dos conflitos entre os demais ordenamentos jurídicos.

Este cenário pluralista, fragmentado e sem hierarquia entre ordenamentos manteve-se vivo por séculos, e somente com a transição lenta do medievo para a modernidade passou a dar lugar a um novo sistema que pode ser simplificado como de monismo jurídico, em que o direito cada vez mais passou a se concentrar em um único poder, no caso, da nova instituição que surgia e tendia a eclipsar todas as demais, ou seja, o Estado.

Grossi, Sacco e Hespanha destacam esta transição, evidenciando que aos poucos o poder de ditar as normas impostas à sociedade que existe naquele território específico foram sempre mais se concentrando nas mãos do poder político, primeiro no príncipe, como já defendiam Maquiavel e Hobbes, mas também depois em um corpo de eleitos direta ou indiretamente pelo povo, sobretudo a partir da Revolução Francesa.

A ascensão do jusracionalismo exerceu notável influência neste processo, pois a defesa de que existiriam direitos naturais capazes de serem deduzidos pela razão, independente dos costumes, das tradições e vontades populares, penetrou tão profundamente na mentalidade dos juristas da época, sobretudo daqueles de matriz continental. Daí para recusar o direito que nasce de baixo, dos movimentos do povo, daquilo que se cristalizou ao longo dos tempos, e aderir a um direito criado por uma elite jurídica não se exigiu muito esforço. Desde então o direito não seria mais entendido como algo vivo, que se transforma e se manifesta na especificidade de cada povo, mas algo racional e capaz de ser compreendido de modo atemporal.

É certo, no entanto, que paralela à questão do jusracionalismo há todo o

embate das várias forças que interagem em cada meio social, sendo que na modernidade é o poder político que tenta dominar o religioso, o econômico, o moral e assim por diante. No entanto, o poder político-jurídico não seria capaz de dominar, ou ao menos tentar, as outras esferas sem o auxílio do argumento jusracionalista, que ofereceu a base para reclamar para si o poder sobre os demais sistemas.

É mais fácil vislumbrar este acontecimento no embate religioso. Como dito, no medievo a dimensão espiritual era uma questão da Igreja, sendo ela a autoridade para regulamentar a vida religiosa em praticamente todo o mundo europeu. No entanto, os sucessivos embates com o poder dos príncipes, manifestado em obras como *Da Monarquia*, de Dante, *O Príncipe*, de Maquiavel e *Leviatã*, de Hobbes, bem como os eventos dramáticos que conduziram à Reforma Protestante, abririam espaço para a intervenção do poder político neste universo.

O princípio da laicidade, de que o Estado é laico e não deve interferir na questão espiritual e nem que a questão espiritual deva determinar a vida política, mais ou menos aceito na totalidade do mundo ocidental, anuncia justamente esta perda de poder da esfera religiosa, que desde então deve se reduzir a organizar a própria dimensão, sem poder invadir as demais esferas. Neste raciocínio a questão religiosa não pode interferir na vontade política, por exemplo. Quem determina onde começa e onde termina a autonomia religiosa é a Constituição, e esta é um documento de vontade política, é aquilo que constitui um ordenamento jurídico e o Estado, portanto a vida religiosa se submete à vida política, na medida em que esta determina os limites daquela.

A questão comercial seguiu rumo semelhante. Por muitos séculos o direito dos comerciantes foi um sistema vivo criado pela prática cotidiana dos próprios comerciantes medievais, sem observação a fronteiras nacionais. Tratava-se de um sistema com todas as suas vantagens e desvantagens (era classista, vedava o acesso a quem não integrassem as corporações), mas claramente um direito autônomo, criado pelos próprios membros, verdadeira instituição no sentido romano do termo.

Mas tal direito não resistiu à era moderna das codificações. Com o

primeiro Código Comercial, aquele francês pós-revolucionário, o comércio não passou a ser, primariamente, regulamentado pelas práticas e costumes dos comerciantes, mas pelo próprio Estado. O Código Comercial transfere para o Estado, ou seja, nacionaliza, o poder de organizar a vida comercial em seu território. Desse modo, assim como o poder religioso, também o comercial aos poucos vai perdendo sua autonomia.

Não cabe aqui detalhar historicamente todo este processo, pois não é objeto deste estudo, mas apenas o de evidenciar tal processo. Para compreender a construção do monismo jurídico é necessário acompanhar vários elementos que, embora separados, se combinam, como o jusracionalismo, a ascensão das ideologias modernas, os processos revolucionários, os embates entre o poder político e os demais, até a emergência do positivismo jurídico e escolas de pensamento que o seguem. Fundamental é compreender o conflito entre pluralismo e monismo jurídico, e mais do que isso, de entender que a emergência do Estado não é um movimento anti-pluralista, que talvez o Estado seja realmente uma instituição necessária e capaz de se harmonizar no plano pluralista.

Heller, que parte da análise hegeliana, talvez seja quem melhor intuiu o significado este processo de emergência do monismo jurídico, concentração do poder nas mãos do Estado, e de como tal movimento se relaciona com a questão pluralista.

Em sua *Filosofia do Direito*, Hegel sintetiza o movimento de concentração do pluralismo na instituição do Estado. A comunidade moderna seria constituída a partir da interação de diversas instâncias, instituições, sendo três as centrais: família, sociedade civil e Estado. Na sociedade civil existiriam ainda outras instituições menores, como as associações profissionais, as organizações empresariais, etc.

No entanto, notou Hegel, que tais instituições possuem fins particulares que muitas vezes entram em contradição com os fins das demais instituições. Dentro da sociedade civil existe o mercado, com suas regras e práticas mercantis, e cada membro do mercado busca, acima de tudo, seu fim egoísta, que é o da satisfação dos próprios interesses. Já a família possui um fim voltado ao universal, que é o da

formação do indivíduo para a sociedade. Além disso, a família tende ao conservadorismo, à manutenção das posições, enquanto a sociedade civil é sempre mais progressista, mais adepta das novidades. Há portanto, um conflito inevitável entre tais instâncias.

Para Hegel as contradições geradas pelo embate entre tais contrapostas instituições somente poderia ser resolvido com a síntese de uma instituição que se elevasse sobre as demais, no caso, o Estado, a única figura capaz de realizar o universal. Em sentido hegeliano o Estado não seria meramente o poder de administrar a coisa pública, mas a universalidade que contempla todas as instituições que vivem em seu interior, e a única capaz de harmonizar as forças individuais e coletivas naquele território.

Portanto, é notório que com isto Hegel se torna um dos maiores defensores do Estado moderno, de certa forma o filósofo que racionaliza o conceito de Estado. Na filosofia política hegeliana o Estado certamente ocupa posição superior em relação às demais instituições, como a família, a sociedade civil, a administração da justiça, o mercado, etc.

Entretanto, ainda assim Hegel não ignora o pluralismo que se presencia no interior do Estado, pois sua argumentação consiste também na interação entre tais instituições. Desse modo o Estado surge como uma instituição necessária para harmonizar os fins particulares em prol do universal e não meramente como uma instituição que sobrepõe-se totalmente às demais. Ou seja, o que há é um pluralismo que persiste, mas que confere destaque especial à uma instituição específica, a do Estado.

Como já citado, Heller partiria dessa percepção e a desenvolveria de modo mais atual no conceito de função social do Estado, demonstrando que ele é necessário como espaço de dialética entre as várias forças que integram uma nação, daquela econômica aos vários grupos políticos, dos movimentos populares ao poder militar, e assim por diante. Ou seja, para Heller o Estado é necessário na medida em que pode harmonizar o pluralismo que muitas vezes gera contradições em seu próprio interior.

Ainda que Romano não concorde inteiramente com a visão hegeliana algumas aproximações são percebidas. Romano rejeita a concepção transcendentalista de Estado em Hegel, como se a instituição fosse a realização de Deus no mundo, uma entidade não histórica, contingencial, mas lógica, necessária porque se insere em uma lógica universal mais ampla que a vida política. Mas ao recusar esta visão extremista não compete dizer que Romano rejeite inteiramente o argumento favorável ao Estado.

Sobretudo nos textos voltados ao direito constitucional e ao direito internacional e no célebre discurso sobre a crise do Estado moderno é onde Romano melhor apresenta sua visão de Estado.

Neste texto o jurista italiano comenta sobre as forças desagregadoras no interior do Estado capazes de gerar sua crise e desmoronamento. Na época, início do século XX, tais forças correspondiam a associações sindicais, movimentos revolucionários e outras manifestações que reclamavam reconhecimento de seus direitos no interior do ordenamento jurídico do Estado. Romano apontava que a dificuldade do Estado de se adaptar e internalizar tais forças em seu interior criaria crises no próprio Estado, enfraquecendo-o.

Mas sendo Romano o autor que criaria as teorias da instituição e do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, que defendem a visão de que não apenas o Estado é capaz de produzir direito, mas de que qualquer instituição, corpo social, na medida em que existe, é ordenamento jurídico, é direito, por que ele lamentaria ou mesmo buscaria remédios para tal crise?

A resposta vem ao término do próprio texto, quando Romano defende que, ao menos naquele contexto histórico e sociopolítico, somente o Estado era capaz de se elevar para além dos interesses privados e fragmentados da sociedade e realizar aquilo que é benéfico ao bem comum. Ou seja, na medida em que a sociedade é sempre mais fragmentada, pluralizada, é aqui justamente que surge a necessidade maior de uma arena universal de discussões, capaz de conciliar os vários interesses fragmentados. Esta arena, para Romano, seria o Estado.

Acrescenta-se que as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial possuem este objetivo de harmonizar interesses plurais como uma de suas marcas mais notórias.

Basta o entendimento sobre a crise do Estado moderno e a afirmação de que é possível recuperar seu papel de protagonista em meio às demais instituições para compreender que a visão de Romano não é contrária ao Estado, nem mesmo busca reduzir sua importância no contexto em que vivia.

Esta perspectiva não contradiz a abordagem de Romano apresentada em *L'Ordinamento Giuridico*, na qual introduz as teorias da instituição e da pluralidade dos ordenamentos jurídicos. Ambas são coerentes com a argumentação acima que mantém ao Estado sua importância no cenário complexo envolvendo vários ordenamentos jurídicos.

Os capítulos intermediários do presente trabalho ofereceram a explicação das duas teorias de *L'Ordinamento*, quais sejam, a da instituição e da pluralidade dos ordenamentos jurídicos. Estas, somadas a uma terceira, a teoria da necessidade, formam a visão geral de Romano acerca de uma teoria geral do direito, não do direito italiano ou do direito de seu tempo, mas do direito em geral. Romano oferece uma teoria geral capaz de explicar o direito em sua universalidade, independente de tempo e espaço, pois em quaisquer circunstâncias ele apresentaria os aspectos da instituição, da pluralidade de ordenamentos e da força da necessidade como seu primeiro fundamento.

Portanto, não se pode confundir as análises históricas de Romano, ou seja, de quando ele confronta condições concretas e reais de seu tempo, como quando analisa a crise do Estado moderno, com a sua visão geral do direito, que aplica-se a seu tempo, mas o transcende e alcança qualquer período e lugar. A clareza desta distinção permite compreender muito melhor o sentido que Romano dá ao Estado e como este se relaciona, concretamente, historicamente, com as demais instituições.

A teoria da instituição é aquela sintetizada na primeira parte de

L'Ordinamento, que introduz o conceito de direito enquanto instituição, sendo esta qualquer corpo social ordenado cuja existência transcenda a individualidade de seus membros. A instituição sempre surge como entidade em si mesma, existente para além dos indivíduos que existem em seu interior. E cada instituição, na medida em que existe, é ordenação das forças que a integram visando determinado fim comum, é portanto ordenamento jurídico. Daí que, para Romano, instituição e direito sejam sinônimos, pois as regras escritas, os costumes, os acordos, todas as engrenagens que movem cada corpo social são manifestações da instituição, que é o direito em sua definição precisa. O direito não pode ser reduzido à regra, à lei, porque estas são engrenagens, manifestações visíveis do direito em si, que é ordenamento, é instituição. Cada Estado, família, organização empresarial, no momento em que surge, nasce já como ordenamento jurídico, com um fim, com distribuição de poderes, regras muitas vezes implícitas que explicam seu funcionamento. As sofisticadas legislações modernas são consequências, refinamentos deste processo, mas não a essência do direito. Mesmo uma tribo que ainda baseia suas regras nos costumes e na religião funciona de modo ordenado, com suas regras claras, é instituição, ordenamento jurídico.

A segunda parte da obra traz a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, que nada mais é que corolário da primeira. Ora, se cada corpo social é instituição e ordenamento jurídico, isto significa que certamente o Estado deve ser entendido como ordenamento jurídico, mas não somente ele, pois idêntico fenômeno pode ser constatado na empresa, no partido político, na família, nas organizações políticas anteriores à emergência do Estado, como os antigos reinos, e inclusive no direito internacional, no direito canônico, etc. Ou seja, há tantos tipos de ordenamentos jurídicos quanto tantos tipos de instituições.

Depois Romano esboça as várias possíveis relações entre ordenamentos, de como um ordenamento pode ter relevância para um outro, seguindo os critérios substanciais de matéria e capacidade de gerar efeitos. Podem existir ordenamentos totalmente relevantes para outros, como é o caso do ordenamento do Estado para o ordenamento de uma empresa pública criada por ele, assim como podem existir ordenamentos de relação totalmente irrelevante, que é o caso de uma sociedade

criminosa vista pelo Estado. O Estado entender determinada organização como ilícita significa meramente que ela não deveria existir na sua perspectiva, e que mesmo esta precise ser eliminada, mas não que tal organização criminosa não seja instituição e ordenamento jurídico em si mesma.

Isto porque a sociedade criminosa, assim como o Estado, é uma instituição originária, no sentido de que funda, põe a si mesma, não tendo sido criada por outra instituição. Sendo assim, toda instituição originária certifica a si mesma enquanto ordenamento jurídico.

Com isto Romano pretende resolver problemas de direito internacional, por exemplo, pois o fato de um Estado ter sido criado via revolução, golpe ou movimentos violentos similares não significa que em si mesmo não seja um ordenamento jurídico. Este Estado inclusive talvez venha a não ser reconhecido por nenhum outro Estado, que o entendem ser fora dos ditames do direito internacional, mas não muda o fato de que tal Estado em si mesmo, na relação com seus súditos ou cidadãos, é instituição e ordenamento jurídico, logo funda o próprio direito. Este argumento Romano desenvolve seja em *L'Ordinamento*, quando trata das sociedades consideradas ilícitas pelo Estado, seja no *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, ao abordar o processo revolução como uma instituição em si mesma, pois traz em si todos os elementos capazes de gerar um novo Estado, um novo ordenamento jurídico.

A teoria da instituição e a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos são certamente os argumentos mais célebres de Romano, e ambas já são capazes de explicarem muitas questões controversas inclusive do mundo jurídico contemporâneo, já que a partir delas é possível enquadrar no universo do direito diversos fenômenos que as teorias tradicionais, ancoradas no monismo estatal, não conseguem vislumbrar. Apenas para citar um exemplo, a doutrina tradicional encontra sérias dificuldades para resolver a problemática do conhecimento tradicional, já que este é produzido por sociedades indígenas que não aderiram à racionalidade moderna ocidental. No entanto, na visão institucionalista de Romano, é plenamente capaz de compreender ali uma instituição, com seu próprio direito, ainda que formalizado em bases totalmente distintas daquela do mundo ocidental

contemporâneo.

Mas ainda há mais potencial a explorar no pensamento de Romano, sobretudo na terceira e menos citada teoria, aquela da necessidade, desenvolvida em seus textos de juventude. Sempre importante lembrar as palavras do Vittorio Emanuele Orlando, professor e grande amigo de Romano, que assinala que já em 1909, ano do famoso discurso pisano sobre a crise do Estado, o jurista siciliano já tinha ali totalmente sedimentada em seu íntimo toda a teoria que seria explanada em L'Ordinamento. Ora, 1909 é o ano que encerra os discursos e textos de juventude, época em que a teoria da necessidade aparecia em sua devida formalização.

É certo que a necessidade é introduzida por Romano a partir de estudos de problemas específicos, como a criação de decretos-leis em decorrência dos terremotos de Messina e Reggio-Calabria, ou de discussões acerca de quando é lícito desobedecer ou mesmo suspender a aplicação de determinadas normas. A necessidade aparece ainda como fundamento que justifica juridicamente Estados nascidos de revoluções ou golpes.

Entretanto, tais situações são apenas exemplificativas, servem para ilustrar que mesmo no contexto em que o direito escrito não encontra respostas, a necessidade surge como elemento de força talmente poderoso que impele os juristas a reconhecerem sua urgência e prevalência. De certa forma, é como se a força dos fatos se impusesse à dogmática teórica. Não são raras as vezes em que Romano afirma o princípio da realidade jurídica, de que o direito deve se adequar à realidade e não o contrário.

Ou seja, quando a situação exige nova medida, nova resposta, e o próprio ordenamento não apresenta ainda solução adequada, é na necessidade que o jurista extrairá o fundamento para sua decisão, ainda que esta possa vir a ser utilizada, em alguns casos, contra as leis vigentes. É claro que Romano é ciente que tal argumento pode ser manobrado subrepticamente para fins despóticos, pois um líder político pode tentar arrogar para si o direito de contrariar as normas vigentes sob o pretexto da necessidade, somente pensando em seu fim próprio, no entanto, em tais casos, lembra Romano, a própria realidade forçará o contexto a ser

reformado, pois uma norma contra o direito vigente, sem ser extraída da necessidade, na verdade vai contra a necessidade, ou seja, está fadada a ser superada, seja por uma revolta popular ou reação de outras forças no interior daquela instituição. Isto é, a própria necessidade impelirá estas forças a agirem contra o déspota a fim de preservarem o ordenamento jurídico.

Alguns autores chegam a considerar a teoria da necessidade certa ontologia jurídica, ou inclusive uma espécie de jusnaturalismo. Seja como for, e provavelmente Romano não concordaria com tais afirmações, é necessário observar que a necessidade não possui relação com visões medievais ou modernas de direito natural, pois Romano sempre viu a si mesmo como um positivista no sentido de jamais ultrapassar as fronteiras do mundo jurídico. Certamente longe do positivismo de Kelsen ou Jellinek, mas ainda assim positivista.

Isto porque para o jurista italiano a necessidade não é uma força derivada da metafísica ou da sociologia, mas do próprio direito, é aquele primeiro motor que anima o corpo social a formar uma instituição, por consequência um ordenamento jurídico, ou a transformá-lo. Sendo esta primeira força a substancial que dá base a todo o ordenamento ela somente pode ser considerada como interna ao mundo jurídico, e jamais externa, do contrário a própria premissa positivista desabaria, vez que forçaria o jurista a considerar a primeira base de seu edifício como uma pedra de outro sistema, fora do direito. Isto leva a um contrassenso que derruba o próprio positivismo.

Em outras palavras, se o direito nasce enquanto ordenamento, para dar ordem, coesão ao fim que vincula indivíduos a determinado projeto, este motor inicial já é jurídico em si mesmo, pois ele é quem sustenta o ordenamento. Portanto, é possível assinalar que em Romano não seria uma hipotética norma fundamental que sustentaria o ordenamento jurídico, mas a própria necessidade, que impele determinada sociedade a se organizar de modo mais sofisticado por meio de uma constituição que pacifique os vários poderes, garanta os direitos fundamentais, regulamente como funciona os poderes políticos, etc. A constituição não nasce da norma fundamental, mas da necessidade.

A necessidade é o elemento de dinamismo da teoria de Romano, que explica como surgem, se transformam e desaparecem os ordenamentos jurídicos. Daí ser possível dizer que em Romano o direito é vivo, pois se desenvolve conforme as aspirações e forças que animam os indivíduos que interagem em cada instituição. É certo que a instituição possui existência em si mesma, transcendente aos indivíduos, mas também é certo que são os indivíduos que a animam e a transformam.

Todos estes aspectos foram levantados porque a presente tese defende que o raciocínio conjunto das três teorias de Romano - instituição, pluralidade dos ordenamentos jurídicos e necessidade - com a análise feita pelo autor sobre o papel do Estado e de sua crise no contexto concreto em que vivia permite compreender de modo muito mais realista e profundo as diversas transformações em ato no cenário contemporâneo, sobretudo naquilo que diz respeito ao espaço transnacional.

Isto porque as três teorias citadas integrariam a visão geral do autor sobre o direito, não o direito específico de cada contexto, mas o direito em si mesmo, independente de tempo e espaço. Já a análise de Romano acerca do Estado é concreta e histórica, enfrenta os Estados reais e existentes de seu tempo. É preciso cuidado ao relacionar os dois enfrentamentos, mas se feitos de modo atento permitem abordar de modo inovador as problemáticas contemporâneas.

O conceito, a soberania e o papel do Estado, sobretudo em sua faceta moderna, são abordados por Romano em obras dedicadas ao direito constitucional e internacional. Nesta, inclusive, ele explica sua teoria de que tanto o direito nacional como o internacional são ordenamentos autônomos, ainda que produzam efeitos um no outro e por isto possuam relevância entre si. O direito internacional é uma instituição de instituições e originária, pois existirá sempre que Estados e nações mantiverem relações entre si. Ou seja, o direito internacional, aqui entendido no aspecto clássico de direito entre Estados nacionais, não surge da vontade de Estados nacionais específicos, mas da própria necessidade, que impõe a estes a submissão a determinadas regras e costumes visando a coexistência. O próprio princípio da soberania estatal, lembra Romano, decorre do direito internacional, pois visa impedir que outras forças decidam e controlem os interesses daquela nação.

Para Romano todo Estado possui a soberania como um de seus elementos, ainda que somente em latência conceitual. Isto porque para o jurista italiano dizer que cada Estado é soberano significa apenas afirmar que em sua origem enquanto instituição o Estado possuía o poder de fundar e regulamentar a si mesmo, de modo absoluto e ilimitado, pois o Estado é sempre uma instituição originária, que funda a si mesma. Daí que o ordenamento estatal, teoricamente, somente poderia ser manifestação as forças sociais que conduzem a dinâmica daquele corpo coletivo. Portanto, em sua origem, cada Estado é soberano.

Não obstante, daqui não se pode considerar que Romano seja ingênuo para defender que o Estado é sempre soberano em suas decisões. Tanto em seu curso de direito internacional como em *Oltre lo Stato* o autor assinala que existem as grandes potências, Estados mais poderosos seja no sentido territorial, econômico, militar, político, capazes de determinar as relações com os demais Estados. Ou seja, no plano concreto existem Estados com influências maiores que outros.

Portanto, dizer que o Estado é soberano, em Romano, significa basicamente a ideia de que em sua origem aquele ordenamento foi autoproduzido e autojustificado, e não que no decorrer de sua história as decisões no interior da instituição sejam tomadas sempre pelos indivíduos daquela instituição, sem influência de forças externas. Se assim fosse entraria em contradição com o argumento da crise do Estado moderno, que demonstra justamente que diversos fenômenos dificultam ao Estado a capacidade de decidir em si mesmo determinadas questões.

Já no início do século XX Romano antecipava, desse modo, que o Estado moderno via sempre mais seu poder de autogoverno ser limitado por forças internas e externas a si.

É certo que Romano não presenciou época complexa como aquelas décadas que concluíram o século XX e agora abrem o XXI, um período marcado sempre por mais intensa globalização, e que vê o surgimento de novos tipos de atores, estes transnacionais, capazes de determinar o andamento do jogo político-econômico dos Estados nacionais, sendo nem sempre passíveis de serem

submetidos aos ordenamentos destes mesmos Estado.

No cenário transnacional, que não consiste mais simplesmente em relações entre Estados nacionais, mas em ações transversais que cruzam as nações, observa-se a presença desde grandes grupos empresariais mais poderosos que Estados até instituições privadas como as agências de rating, capazes de, com decisões particulares e não submetidas a regulamentações, rebaixar o conceito de um país e torná-lo não indicado para negócios, o que por si só pode contribuir para aquela população mergulhar em profunda crise socioeconômica.

Além disso podem-se citar organizações não-governamentais, que agem influenciando politicamente e culturalmente a realidade dos países, as cada vez mais massivas migrações de pessoas que abandonam suas terras para tentar construir a vida em outros locais, por diversos motivos, como guerra, pobreza, fome, catástrofes naturais. E ainda pode-se acrescentar o poder de organizações criminosas que já agem na dimensão transnacional, pois se constituem de redes de membros espalhados estrategicamente por todo o globo.

Tudo isto e tantos outros exemplos que poderiam ser trazidos constroem um mosaico concreto de variáveis jurídicas não necessariamente previstas pelas grandes doutrinas do direito moderno, daquelas jusracionalistas até as positivistas.

Como o Estado nacional deve se relacionar com as migrações transnacionais, que muitas vezes são grupos de pessoas portadoras de valores, tradições e códigos de comportamento diversos daqueles consagrados na constituição nacional? Como lidar com espaços físicos no interior de um Estado nacional que já é controlado pelos grupos de migrantes e ali estabelecem uma convivência baseada em seus valores da terra de origem, nem sempre harmoniosos com a constituição do Estado onde estão agora existindo.

Retomando a questão da soberania, é possível dizer que todos os Estados decidem suas políticas com base em interesses exclusivamente de seus cidadãos? Aliás, é possível dizer que todas as decisões substanciais para a vida dos Estados são realizadas por seus cidadãos ou representantes eleitos?

É aqui que Luciano desenvolve o conceito de antisoberano, como aquele conjunto de forças externas ao Estado mas capazes de definir o futuro da vida em seu interior. No antisoberano interagem desde o sistema financeiro internacional até corporações com incidência transnacionais e tantos outros agentes. Desse modo o Estado seria soberano se fosse capaz de decidir as questões mais vitais de sua existência, mas para isto precisa lidar com o antisoberano, que está para a soberania como o antipapa está para o papa. Sobretudo a dimensão econômica se encontra sempre mais fora do alcance de interferência do mundo político.

Grasso aprofunda o assunto trazendo estudos de eventos concretos ocorridos no interior da União Europeia, como é o caso da crise socioeconômica grega dos últimos anos. Diante da falência econômica a Grécia se submete à Troika, composta por técnicos do Banco Central Europeu, da Comissão Europeia e do Fundo Monetário Internacional, que em contrapartida para empréstimos e outras medidas econômicas visando a reconstrução do país exigem a adoção de práticas de austeridade por parte dos governos gregos, afligindo diretamente áreas como a saúde, direitos trabalhistas e a previdência social. Ou seja, forças exteriores ao ordenamento grego agem no sentido de tentar submeter um Estado a aceitar suas medidas. Desse modo até que ponto ainda é possível falar de uma soberania concreta e existente? Cada vez mais o conceito de soberania, ao menos na dimensão estatal, caminha para uma linha meramente conceitual, como já apresentada por Romano.

Neste cenário certamente o fenômeno mais citado é o da *lex mercatoria*, que consistiria no conjunto das relações contratuais, *mercantis*, entre corporações transnacionais, muitas vezes por meio de acordos que não perpassam as instituições estatais. Sendo assim, decisões tomadas por grandes grupos empresariais, capazes de determinar a vida diária de pessoas em todo o planeta, são realizadas fora do alcance dos poderes nacionais.

Além disso em diversas áreas da vida há instituições privadas capazes de determinar a realidade dos Estados. Há as já citadas agências de rating, mas também os esportes são cada vez mais organizados de modo privado em estruturas transnacionais que perpassam uma série de instituições menores. No futebol, a

FIFA, por meio da sua liderança sobre as confederações continentais e federações nacionais é capaz de regulamentar esta profissão em quase todo o planeta. Outro exemplo é o espaço virtual da internet, cujos domínios são regulamentados por uma instituição privada, a ICANN. Ou seja, a internet, cada vez mais protagonista nas relações comerciais no mundo é regulamentada, ao menos parcialmente, por uma série de instituições privadas.

A grande questão, lembra Cassese, é definir onde estaria a legitimidade de tais instituições em definir a vida das pessoas, pois não teriam sido escolhidas democraticamente. Ou seja, qual a fonte do poder que autoriza agências de rating, corporações transnacionais e outras instituições a poderem decidir questões vitais para a existência dos povos? Cassese salienta que alguns podem argumentar que haveria uma legitimação indireta, no sentido de que os governos, por serem eleitos por seus povos, ao se relacionarem com tais instituições estariam legitimando-as naquelas esferas do poder.

No entanto, resta o argumento de Grasso, de que tais instituições possuem poder econômico e político concretos, capazes de forçar os Estados nacionais a se submeterem às suas vontades. Desse modo é difícil identificar até que ponto os Estados se relacionam com tais instituições por vontade autônoma ou por imposição do grande jogo geopolítico.

Todo este panorama demonstra que há profunda crise na dimensão prática, concreta da soberania estatal. E se o Estado nacional não é capaz de organizar determinadas dimensões da vida, por inoperância ou incapacidade, tais espaços vazios serão preenchidos por novas forças. A dificuldade do Estado de controlar a própria economia permite que outros Estados e instituições supranacionais a determinem. A dificuldade de vários Estados de garantir a segurança e a qualidade de vida para seus cidadãos facilita os processos de migrações transnacionais. A dificuldade do Estado em conter o aumento da violência facilita o fortalecimento de organizações criminosas cada vez mais alinhadas transnacionalmente.

Com isto pode-se retomar o argumento de Romano acerca da crise do

Estado. Se o Estado é o grande protagonista do mundo moderno e começa a perceber a diminuição de sua influência para outras instituições é necessário compreender as razões e suas consequências de tais transformações.

No discurso pisano Romano analisa a dificuldade do Estado agregar a seu ordenamento as novas forças internas, como as associações profissionais, grupos políticos, sindicatos, que, reclamando direito de serem reconhecidos no ordenamento tendem a tentar fazer prevalecer a vontade de modo violento. No entanto, o decorrer do século XX demonstrou que, paulatinamente, a partir das novas constituições, os Estados ocidentais conseguiram aprofundar o modo de agregar tais forças a seu ordenamento. É nesta sequência que tantos direitos sociais passaram a ser consagrados na vida dos povos.

Seguindo o pensamento de Romano pode-se demonstrar que este processo de adaptação dos Estados às novas exigências é movida pelas forças sociais a partir da necessidade, fundamento primeiro do direito na visão do autor. Ou seja, ou os Estados modernos ocidentais aprendiam a se adaptar às novas circunstâncias, novas demandas sociais, ou não conseguiriam resistir às novas realidades que se apresentavam. O mesmo argumento foi utilizado em *Oltre lo Stato* para se referir ao processo de surgimento de potências nacionais como os Estados Unidos e a Rússia, que teriam capacidade de influenciar muito mais o quadro geopolítico que nações mais fracas territorialmente, economicamente e militarmente. Ou seja, a necessidade exige das instituições a tomada de revisão de alguns de seus conceitos, e a partir da aceitação da adaptação se tornam capazes de sobreviver ou mesmo prosperar em novos cenários.

É certo que Romano não poderia antecipar um mundo globalizado, altamente informatizado e fragmentado como o atual. Um mundo em que a internet é decisiva, em que as migrações são sempre mais intensas, em que o terrorismo e o crime organizado aumentam seu poder, e um mundo em que a vida econômica dos povos cada vez mais é definida por centros de poder externos à dimensão dos Estados. Não obstante, dizer que Romano não poderia prever esse desenvolvimento histórico não significa considerar que a teoria do autor não possua condições de ser aplicada à contemporaneidade, isto porque ela foi formulada para ser aplicada em

qualquer tempo e lugar. Em vários textos Romano se debruça sobre o direito italiano de seu tempo, mas em L'Ordinamento o objetivo é apresentar uma teoria geral do direito, uma teoria capaz de explicar o que é o direito.

Com base nisto é possível compreender a emergência do pluralismo jurídico no espaço transnacional a partir da relação entre o argumento conceitual de Romano, que envolve suas três teorias centrais, quais sejam, a da instituição, da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e da necessidade, com aquele raciocínio concreto e histórico acerca da crise do Estado moderno.

De modo sintético, para Romano direito é instituição, é desenvolvimento necessário de qualquer corpo social que vise transcender seus próprios membros e existir de modo duradouro. Sendo assim, não somente o Estado, mas qualquer corpo social é capaz de alcançar as características que definem o conceito de instituição, logo haverá sempre pluralidade de instituições, tantas instituições gerando novos ordenamentos jurídicos. A pluralidade de ordenamentos jurídicos torna-se inevitável, decorrência da própria natureza plurirrelacional do homem.

A necessidade é o elemento dinâmico que explica como as instituições surgem, se transformam e são extintas. Assim, é possível compreender a emergência do pluralismo jurídico no espaço transnacional como um movimento da própria necessidade a partir do momento em que o Estado nacional não conseguiu mais ser totalmente protagonista de suas decisões. O vazio deixado pelo Estado moveu a necessidade a dar forma a novas instituições. Se tais instituições são funcionais à humanidade em seu sentido planetário, se são capazes de preencher com eficiência tais funções é outra discussão. Assim como é outra discussão saber se tais instituições são legítimas do ponto de vista democrático ou não.

Substancial é compreender, com base em Romano, que tal pluralismo está intimamente conectado à decadência do Estado em controlar a própria realidade, em ser soberano nas decisões vitais para seu povo.

Realizadas tais observações é o momento de recuperar a hipótese anunciada na introdução deste trabalho:

✓ A concepção institucionalista do Direito em Santi Romano permite a fundamentação das múltiplas relações jurídicas presentes nos espaços transnacionais, tendo em vista que o seu conceito emana da própria Sociedade e não do Estado.

Com base na pesquisa desenvolvida entende-se a hipótese como confirmada.

Aqui abrem-se algumas perspectivas, com base em Romano, para serem aplicadas à contemporaneidade:

1) O pluralismo jurídico do espaço transnacional pode ser facilmente analisado com a teoria de Romano, utilizando os critérios de relevância de um ordenamento para outro para verificar como cada ordenamento interagem com os demais. A visão de Romano é importantíssima aqui pois não apresenta caráter moral reducionista, não visa atribuir condição de ordenamento jurídico somente a fenômenos que se enquadrem em determinada filosofia do direito, mas a qualquer corpo social que apresente as características que definem um ordenamento jurídico. Desse modo, dos Estados nacionais às agências de rating, passando por grupos de imigrantes vivendo no interior de um Estado, pelas organizações criminosas, por federações de esportes, todas elas podem ser conceituadas como instituições e ordenamentos jurídicos. O fato de um grupo terrorista ser uma instituição não implica, obviamente, que os Estados nacionais devam reconhecê-lo como legítimo ator geopolítico, mas apenas que ele é um ordenamento que se funda em si mesmo. Na perspectiva das outras instituições é natural que a sociedade criminosa não seja considerada uma instituição legítima. Portanto, aqui a visão de Romano serviria para entender de modo mais aprofundado as relações entre as instituições.

2) A análise da crise do Estado feita por Romano pode ser continuada e intensificada na contemporaneidade. Romano jamais viu o Estado como apenas mais uma instituição, e sim como a instituição central da modernidade, a única capaz de garantir a harmonia dos interesses do bem comum, evitando que grupos parciais impusessem suas vontades aos demais. O Estado é a representação do interesse geral acima dos interesses parciais. Em relação às crises do início do século XX

Romano afirmou sua convicção de que o Estado seria capaz de superar tais contradições e sair fortalecido daquele processo. Mas tais crises eram mais frágeis que as atuais, pois hoje os atores de desestabilização do Estado são muito mais externos e mais poderosos economicamente e politicamente que os grupos internos do início do século XX, como as associações profissionais e sindicatos. É muito mais complexo lidar com forças transnacionais como grandes corporações do que com forças políticas no interior de seu território. Desse modo abrem-se duas perspectivas, que deveriam ser objeto de debate central dos juristas: quem é capaz de garantir a preservação dos interesses gerais, do bem comum, sobre os interesses particulares, hoje? Este ator ainda pode ser o Estado? Se sim, a quais transformações deve o próprio Estado se submeter para se adaptar à contemporaneidade? Este Estado continua sendo o Estado nacional ou um megaestado, resultado da junção de vários Estados nacionais? A primeira perspectiva, então, é esta que reafirma a capacidade do Estado ser o líder protagonista entre todas as instituições, de ser a instituição capaz de se relacionar e impostar às demais a cederem, visando a preservação do bem comum.

A segunda perspectiva seria a visão negativa, de que o Estado, como ente histórico e concreto, já realizou sua missão e não pode mais oferecer instrumentos capazes de garantir o bem comum. Defendida esta premissa é preciso então verificar qual ou quais instituições deveriam preencher este espaço deixado pelo Estado nacional.

O pluralismo das instituições é inevitável, e tais interesses serão sempre contraditórios. Daí que uma instituição acima das frações é essencial, pois somente uma força maior onde as demais sejam capazes de convergir teria condições de equilibrar o interesse de todos. Não necessariamente precisa ser o Estado tal instituição. O próprio Grasso, ao propor o constitucionalismo dos direitos sociais como inalienáveis, devendo ser preservados mesmo se forem transferidos a uma esfera supranacional, é exemplo de como é possível pensar esta perspectiva para além do Estado.

No entanto, em qualquer uma das perspectivas a abordagem romaniana oferece fundamentais subsídios, que podem servir de ponto de partida para

compreensão das transformações em ato nos espaços transnacionais. Abaixo, elenca-se uma série de características que visam demonstrar como a teoria de Romano é capaz de compreender tais transformações:

1) Concepção não estatalista, que não reduz todo o fenômeno jurídico ao Estado, o que permite abranger como jurídicos diversos fenômenos regulamentadores nos espaços transnacionais;

2) Concepção não hierárquica na relação entre os ordenamentos jurídicos, e sim baseada no critério de relevância, que ajuda a explicar melhor, a partir dos elementos de conteúdo e matéria, quando um ordenamento é relevante para outro. Romano adequa a relação de ordenamentos à realidade e não o contrário;

3) Concepção pluralista, que entende ser a pluralidade de ordenamentos não somente necessária mas decorrência lógica da natureza humana, pois jamais será possível reduzir toda a existência humana a apenas uma esfera, de modo que sempre existirão diversas instâncias que regulamentam a vida dos indivíduos. Ainda que o direito de família seja um direito estatal há modos de comportamento, regras privadas dentro de cada ambiente familiar que ainda são estabelecidas por seus membros, por exemplo;

4) Concepção tampouco anti-estatalista, pois entende ser necessária a existência de uma instituição capaz de harmonizar os interesses das demais, impedindo que vontades parciais submetam o bem comum a seus interesses. Por certo período o Estado nacional cumpriu com eficiência tal papel, cabe agora resolver a problemática acerca da possibilidade da manutenção do Estado nacional de tal função. Se sim, de que forma, e se não, quem ocuparia tal espaço;

5) Concepção que respeita a diversidade humana, pois compreende que a humanidade é diversa, se manifesta de modo próprio em cada contexto e, portanto, dará origem a um ordenamento sempre em referência a este contexto. O pluralismo não permite que determinada visão ideológica de vida e mundo se sobreponha a outras, pois entende que todas possuem validade enquanto autoreferenciamento.

Portanto, seguem as anotações finais que servem enquanto fechamento deste trabalho e proposição de continuação da presente pesquisa.

Cada ordenamento jurídico visa satisfazer a si mesmo, e por consequência seus membros, e muitas vezes esta satisfação não é benéfica para outros ordenamentos com o qual interage, de modo pacífico ou violento. Deste modo, é aqui que a preocupação do debate ganha novos contornos, pois a ciência jurídica contemporânea, centrada excessivamente no enfoque monista-estatalista, não consegue alcançar determinados espaços que existem enquanto fluxos, não são espaços físicos, territoriais, mas fenômenos oriundos da globalização, geradores de relações privadas transnacionais. Estes espaços, que buscam satisfazer a si mesmos, pois assim o faz qualquer ordenamento jurídico, podem colocar em risco a integridade dos ordenamentos estatais, e, com efeito, dos indivíduos que vivem principalmente sob a órbita estatal. O fato de existirem tantas instituições já funcionando em lógica transnacional não modifica a realidade de que para a maioria da população mundial a lógica estatal ainda é o ordenamento central que conduz suas vidas. Entretanto, esta minoria da população, que coordena espaços transnacionais, sobretudo aqueles de fluxo econômico, decidem questões que atingirão a vida direta desta maioria.

De modo mais incisivo, o Estado nacional, ao ver sua soberania reduzida, acaba por permitir que a vida de seus cidadãos seja conduzida por esta minoria que já vive em lógica transnacional. É o caso do fenômeno da crise grega, em que uma comissão de técnicos, que existe porque há toda uma lógica de poderes e instituições transnacionais por trás, no qual assuntos vitais do cotidiano das pessoas, como previdência social e direitos trabalhistas, são decididos por ordenamentos alheios ao seu Estado. Ou seja, o fato de a maioria da população não ter condições de alcançar uma lógica transnacional não contradiz a realidade que esta mesma maioria é condicionada diariamente por instituições que já funcionam em lógica transnacional. E aqui retorna o argumento da convicção romanesa de que o Estado poderia superar sua crise, cem anos atrás, e integrar em seu ordenamento as novas forças que surgiam, no caso associações profissionais, sindicais, etc. Naquele contexto estas novas forças eram ameaças, mas ainda mais frágeis que o

grande aparato do Estado. Agora a situação é distinta, o Estado se vê atacado por todos os lados por instituições que o transcendem enquanto lógica, pois enquanto o Estado existe dentro dos parâmetros modernos do tempo e do espaço, já há instituições que existem enquanto fluxo, enquanto relações privadas, contatos, costumes, que independem do tempo e do espaço para produzirem efeitos. E quando estas instituições, que por via da utilização das novas tecnologias e sistemas, ainda detêm grande parte do poder financeiro mundial, é inevitável que sejam capazes não apenas de influenciar, mas por vezes de controlar a vida de Estados nacionais.

Certamente ainda há as grandes potências, como os Estados Unidos, a China, a Rússia, a União Europeia se entendida enquanto nação unitária, que são capazes de determinar em maior ou menor grau a sua vida interna, mas isto é pouco realista quando aplicado à maioria das nações ao redor do planeta. Inclusive porque talvez várias destas instituições que existem em lógica transnacional sejam coligadas direta ou indiretamente a tais grandes potências.

Neste contexto como é difícil falar em promoção do bem comum, ou mesmo na defesa da sustentabilidade, dos direitos humanos, da paz mundial ou de quaisquer outros valores humanistas. É possível, desde que se mantenha esta dupla lógica, intuída por Romano em seus escritos:

1) A pluralidade dos ordenamentos jurídicos é evidente, necessária, resultado da realidade concreta, portanto inafastável.

2) O fato de existir a pluralidade não significa que não seja necessário uma ou mais instituições capazes de garantir a preservação do bem comum daqueles que vivem em cada contexto. Na época moderna isto foi produzido pelo Estado, a instituição que nasce para dar ordem aos vários ordenamentos que coexistiam em determinado território para determinado povo. O Estado se autoafirmou como soberano para regulamentar a si mesmo e as instituições que dependiam dele ou que existiam em seu espaço físico. Hoje o Estado não parece mais capaz de realizar tal proeza, ainda que Romano tenha afirmado esta convicção em discurso de século atrás. Mas isto não invalida o pensamento de Romano, pois a

decadência estatal não elimina o fato de que uma ou mais instituições capazes de harmonizar os interesses difusos sejam uma exigência racional e prática.

Com base nesta dupla premissa lógica chega-se à conclusão: ou os Estados nacionais se adaptam em nova lógica transnacional, seja como uma confederação sempre maior de Estados, ou é necessário pensar na construção de espaços públicos transnacionais nos quais os Estados sejam atores protagonistas. E tais espaços precisariam existir justamente para controlar os fluxos transnacionais e serem capazes de reconstruir uma defesa do bem comum.

Ainda assim não se pode esquecer tais espaços não podem ser pensados como tradicionalmente se faz, enquanto tribunais ou organismos centrados em lógica moderna, pois seria muito difícil um tribunal possuir força para controlar todo um fluxo de informações que percorrem a transnacionalidade a cada instante. A mera construção de espaços supranacionais é insuficiente, é fundamental que um ordenamento supranacional seja capaz de existir não organizado territorialmente e temporalmente, mas enquanto fluxo, na lógica transnacional.

Portanto, o pluralismo jurídico continuará porque decorre da natureza social e plurirrelacional do homem, mas isto não exclui a necessidade de uma ou mais instituições superiores que visem a preservação do bem comum. Pensar tal contexto é exigência dos juristas contemporâneos, e que possuem em Romano, ponto de partida adequado para compreensão das transformações em ato.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora da UnB, 1983.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BACZKO, Bronislaw. **Rousseau: solitude et communauté**. Paris: École Pratique des Hautes Études, 1974.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002.

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización: falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Barcelona: Paidós, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont ' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.

BERMAN, Harold. **Razão e Revolução**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BERMAN, Paul Schiff. Jurisgenerative Constitutionalism: Deriving Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, 2, p. 665-695.

BERMAN, Paul. The New Legal Pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, p. 225-242. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505926.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Ed. da UnB, 1999.

BODIN, Jean. **I sei libri dello Stato**. Torino: UTET, 1988.

BURZIO, Piero. **Lettura della Fenomenologia dello Spirito di Hegel**. Torino: UTET Libreria, 1996.

CALVIERI, Carlo. Il nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali. In: CASSETTI, Luisa (Org.). **Diritti Principi e Garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo**. Jovene: Napoli, 2012.

CALVIERI, Carlo. **Verso un diritto transnazionale**. In: GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Direito Humanos e UNASUL*. Curitiba: Juruá, 2014.

CANNIZZARO, Enzo. Il Pluralismo dell'Ordinamento Giuridico Europeo e la questione della sovranità. **Quaderni Fiorentini vol. 31**.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Saggio sullo Stato. In: CAPOGRASSI, Giuseppe. **Opere**. Milano: Giuffrè, 1959.

CASSESE, Sabino. Ipotesi sulla formazione de 'L'Ordinamento Giuridico' di Santi Romano. **Quaderni Fiorentini, vol. 1**.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo stato**. Torino: Giulio Einaudi, 2009.

CASSESE, Sabino. **La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo**. Disponibile em: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/La-prolusione-romaniana-sulla-crisi-dello-Stato-moderno-e-il-suo-tempo-CdS-30-novembre-3.pdf> .p. 3.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2003

COSTA, Pietro. 'Così lontano, così vicino': il comune medievale e la sua autonomia, **Quaderni Fiorentini**, vol. 43.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996.

CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 10, n. 20, p. 159-174, jul./dez. 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio, OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos de Direito Transnacional. In: ROSA, Alexandre Morais da, STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 33-52.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DE VALLES, Arnaldo. La volontà dello Stato. In: **Scritti Giuridici in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957.

DUGUIT, Leon. **Souveraineté et liberté**: leçons faites à l'Université Columbia, New York 1920-21. Paris: Librairie Alcan, 1922.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos de Sociologia do Direito**. Brasília: Editora da UnB, 1967.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

- FINLEY, Moses. **La democrazia degli antichi e dei moderni**. Roma: Laterza, 2010.
- FONTANELLI, Filippo. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
- FRANCO, Natalia. Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. **Estudios Socio-Jurídicos**, v. 9, n. 1, Bogotá, 2007.
- GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2010.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da UNESP, 1991
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- GRASSO, Giorgio. **Il costituzionalismo della crisi**: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.
- GROSSI, Paolo. **Introduzione al Novecento giuridico**. Roma-Bari: Laterza, 2012.
- GROSSI, Paolo. **L'Europa del Diritto**. Roma: Laterza, 2007.
- GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 2011.
- GROSSI, Paolo. **Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno**. Genova: Marietti, 2015.
- GROSSI, Paolo. **Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale**. Padova: CEDAM, 1968.
- GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffré, 2007.

GROSSI, Paolo. **Santi Romano**: Un Messaggio da Ripensare nella Odierna Crisi delle Fonti. In: GEMELLI, Giuliana (Org.). Nuove Scienze Per l'Amministrazione – L'origine della SPISA: tra Innovazione Istituzionale e normalizzazione accademica. Bologna: Bononia University Press, 2007.

GROSSI, Paolo. **Un diritto senza Stato**. La Nozione di Autonomia come Fundamento della Costituzione Giuridica Medievale. In: Assolutismo Giuridico e Diritto Privado. Milano: Giuffrè, 1998.

GURVITCH, Georges. **Sociologia Del Diritto**. Milano: PGreco, 2014.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. Tradução de: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p.127-190. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie.

HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação**: ensaio de Vitalismo social. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução de Paulo Meneses Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Loyola, 2010.

HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

HEGEL, G. W. F. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São

Paulo : Mestre Jou,1968. Título original : Staatslehre.

HESPANHA, António. **Cultura Jurídica Europeia**. Florianópolis: Boiteaux, 2005.

HESPANHA, António. **Pluralismo Jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003.

HYPOLITE, Jean. **Gênese e Estrutura da Fenomenologia do Espírito de Hegel**. 19 ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999. Genèse et structure de la Phénoménologie de l'esprit de Hegel.

FINLEY, Moses. **La democrazia degli antichi e dei moderni**. Roma: Laterza, 2010.

JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JARCZYK, Gwendoline. **Au confluent de la mort**: l'universel et le singulier dans la philosophie de Hegel. Paris: Elipses Edition, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

KEOHANE, Robert. **Power and Interdependence**. Boston: Longman, 2012.

KHOR, M. **El saqueo del conocimiento**. Barcelona, Icaria, 2003;

KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2002. Título original: Introduction à la lecture de Hegel.

KOYRÉ, Alexandre. **Estudos de história do pensamento científico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOCCHI, Maria Chiara. Breves Reflexões sobre o pluralismo jurídico como paradigma fundamental do direito contemporâneo em sociedades ocidentais altamente diferenciadas. **Revista Brasileira de Direito**, V. 10, Nº. 2, 2014, p. 74-84.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. **Rivista di Diritto Costituzionale**, 1996.

LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado).

LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado).

MAFFESOLI, Michel. **Le temps des tribos: le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1988.

MALANDRINO, Corrado. **Johannes Althusius (1563-1638): Teoria e prassi di un ordine politico e civile riformato nella prima modernità**. Torino: Claudiana, 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 2. ed. tradução: Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

MCGREW, Anthony. Globalization and global politics. In: BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia (Orgs.). **The globalization of world politics: an**

introduction to international relations. Oxford, 2010.

MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao estudo do direito**. Lisboa: Estampa, 2005.

MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOROZOV, Evgeny. **Internet non salver il mondo**. Milano: Arnoldo Mondadori, 2014.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NUCCIO, Oscar. **Diritto Naturale e Razionalità Economica**: studi sulle origini medievali dello 'spirito capitalistico'. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1989.

NUCCIO, Oscar. **Il pensiero economico italiano**. 4v. Cagliari: Galizzi, 1984-1987.

PASOLD, César. **A Função Social do Estado Contemporâneo**. Itajá: UNIVALI, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros Ensaio de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PHILONENKO, Alexis. **Jean-Jacques Rousseau et la pensée du malheur**: le traité du mal. Paris: Vrin, 1984.

- PINTO, Álvaro Vieira. **Ciência e Existência**. São Paulo: Paz e Terra, 1979.
- PINTO, Álvaro Viera. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Valmireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo**. Padova: CEDAM, 1937.
- ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Internazionale**. Padova: CEDAM, 1933.
- ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Costituzionale**. Padova: CEDAM, 1943.
- ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano:Giuffrè, 1953.
- ROMANO, Santi. **Gli scritti nel Trattato Orlando**. Milano: Giuffrè, 2003.
- ROMANO, Santi.**L'ordinamento giuridico**. Firenze: Ed. Sansoni, 1967.
- ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969.
- ROMANO, Santi. **Lo Stato Moderno e la sua crisi**. Milano: Giuffrè, 1969.
- ROMANO, Santi. Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950.
- ROMANO, Santi. Oltre lo Stato. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950.
- ROMANO, Santi. Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950.

ROMANO, Santi. Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè Editore, 1950.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Boiteaux, 2008.

ROMANO, Santi. **Osservazione sulla completezza dell'ordinamento statale**. Modena: Università Degli Studi di Moderna, 1925.

ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milano: Giuffrè, 1945.

ROMANO, Santi. **Scritti Minori**. Milano: Giuffrè, 1950.

ROMANO, Santi. Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950.

ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950.

ROSENFELD, Denis (coord.). **Hegel, a moralidade e a religião**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**. Brasília: Brasiliense, 1983.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social ou principes du droit politique**.

RUFFIA, B. Paolo (Org.). **Le Dottrine Giuridiche di Oggi e L'insegnamento di Santi Romano**. Milano: Giuffrè, 1977.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SACCO, Rodolfo. **Il diritto muto**. Bologna: Mulino, 2015.

SAINTILLAN, Daniel. **Hegel et Héraclite ou le Logos qui n'a pas de contraire**. In: D'HONDT, Jacques. **Hegel et la pensée grecque**. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Law: A Map of Misreading. Toward a Post- Modern**

Conception of Law. **Journal of Law and Society**, 14, 3, p. 279-302, 1987, p. 297-298.

SANTOS, Boaventura de Sousa. ***Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition***. New York: Routledge, 1995.

SANTOS, Rafael Padilha dos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como regulador da Economia no Espaço Transnacional**: uma proposta de economia humanista. 568f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Itajaí, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí.

SOARES, Josemar. A função do critério ético na construção de um direito humanista na pós-modernidade. **Direitos Culturais**, v. 9, p. 93-115, 2014.

SOARES, Josemar Sidinei. **Consciência de si e Reconhecimento na Filosofia do Direito**. Tese (Doutorado em Filosofia) Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SMITH, Anthony. **The Ethnic Origins of Nations**. Gloucester: Blackwell, 2002.

TAMANAH, Bryan. **A non-essentialist version of legal pluralism**. *J. Law. Soc.*, v. 27, n. 2, p. 296-321.

TAMANAH, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**. *Sydney Law Review*, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080.

TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. Milano: Giuffrè, 1976.

TEUBNER, Günther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society**.

TEUBNER, Günther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in World Society**. In:

TEUBNER, Günther (Org.). **Global Law without a State**. Brookfield: Dartmouth, 1997. p. 3-28.

TEUBNER, Günther; KORTH, Peter. **Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society**. Oxford: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1416041>.

TEUBNER Gunther. **Nuovi conflitti costituzionali**. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

TOSATO, Egidio. Sovranità del popolo e sovranità dello Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1957.

TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 20, p. 473-517, 2010.

VANDERLINDEN Jacques. **Les pluralismes juridiques**. Bruxelles: Bruylant, 2013.

VEZZANI, Simone. Immunità dello Stato Estero dalla Giurisdizione e Diritto di Accesso al Giudice alla luce della Carta dei Diritti Fondamentali: riflessioni in margine al caso Benkharbouche e Janah. **Rivista di Diritto Internazionale**, 2015, n. 3, Milano.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Max. **Economy and Society**. Oakland: University of California Press, 1978.

WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: elementos para uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.