

Institucionalismo jurídico

Santi Romano



Profa. Maria Paula Dallari Bucci
Programa de Pós Graduação em Direito
Disciplina Direito e Políticas Públicas. Fundamentos
Faculdade de Direito da USP

Santi Romano

- Santi Romano. O Ordenamento Jurídico. Tradução Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- [tópicos 1 a 12]

Refutação do positivismo

- Diálogo com autores, em sua maioria, alemães, mas também italianos e franceses, sobre o positivismo, segundo o qual o direito se definiria como regra de conduta.
- Há referência expressa a Leon Duguit (*L'État, le droit objective et la loi positive*, 1901), para quem "todo outro momento jurídico se resume e é quase anulado na 'regle de droit'"). Também Kelsen, em obra de 1911 (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*)
- Insuficiência da definição do direito como norma de conduta

Ordenamento como unidade

- Insuficiência da concepção do direito objetivo como norma.
- "O ordenamento jurídico não é a soma de várias partes, [...] mas uma unidade em si [...] não artificial ou obtida através de um procedimento de abstração, mas concreta e efetiva." (p. 67)
- Sistema de normas logicamente concatenadas entre si, não obstante formar-se aos pedaços e possuir imperfeições (p. 67)
- Uma lei se une às precedentes e há o amálgama da interpretação
- "O ordenamento jurídico é uma entidade, que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, **ele mesmo as move**, quase como se fossem peões num tabuleiro de xadrez." (p. 69) [ideia de fonte do direito]

Autoridade como componente do ordenamento

- O direito italiano ou francês (ordenamento) é algo mais vivo e animado,
- A complexa e diversificada organização do Estado inclui os numerosos mecanismos e engrenagens, as relações de **autoridade** e de força que se produzem, modificam, aplicam, fazem respeitar as normas jurídicas, sem se identificar com essas. (p. 69)
- A substituição de umas normas por outras é **mais o efeito do que a causa** de uma modificação substancial no ordenamento

Refutação da identificação da norma jurídica por seus elementos formais

➤ Objetividade da norma

- Aspecto formal- o direito não é a norma, mas o que a envolve e lhe imprime o aspecto característico (p. 71)
- Algo que está fora da norma; invólucro ou aspecto extrínseco

➤ Sanção jurídica

Objetividade do direito (x subjetividade)

- Os indivíduos se reconhecem entre si como associados e tendem à colaboração espontânea e ao respeito recíproco das suas liberdades.
- Mas como é possível que surjam divergências e contendas entre eles, é necessária a intervenção de uma consciência superior, que seja o reflexo e represente a sua união. (p. 71)
- Consciência que encarna as razões da coexistência, com o papel de mediador nas relações entre elas e com o todo, encarnação do **eu social**, do socius típico, objetivo, é o direito que expressa. (p. 71)

Objetividade como impessoalidade

- O caráter de objetividade é ligado à impessoalidade do poder, que elabora e fixa a regra, ao fato de que este mesmo poder é algo que transcende e se eleva sobre os indivíduos. (p. 73)
- O direito não é ou não é somente a norma posta, **mas sim a entidade que a põe**. O processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não se inicia com a emanção de uma regra, mas no momento anterior. (p. 72)

Segue a refutação

- Pode haver ordenamento sem norma, com base apenas em decisões judiciais por equidade.
- Nesse caso, o poder do magistrado expressa a consciência social objetiva (p. 73)
- Discussão sobre o caráter de norma jurídica dos **preceitos individuais e concretos** (por oposição às disposições gerais e abstratas, essas sim, normas em sentido próprio)

Sanção

- Não é elemento característico da norma, por que o caráter coativo está no sistema, não em cada norma em si.
- "a sanção pode não ser objeto de uma norma específica [mas] ser imanente e latente **nas engrenagens do aparelho orgânico, que constitui o ordenamento jurídico considerado no seu todo**; também pode ser força que atua de modo indireto, uma garantia efetiva que não dá lugar a algum direito subjetivo estabelecido por qualquer norma; **freio inato e necessário do poder social.**" (p. 75)
- As sanções precedem as normas, formando a base na qual fundamentam suas raízes

Nova terminologia

- Direito (ordenamento) como instituição-ordenamento, na sua completude e unidade
 - Todo ordenamento jurídico é uma instituição e vice-versa
- Direito (regra) como preceito
 - Um preceito ou conjunto de preceitos agrupados ou sistematizados, quando ligado ao ordenamento jurídico, é chamado de institucional

Conceito de direito

- A) deve levar ao conceito de sociedade; sai da esfera puramente individual. E, reciprocamente, não existe sociedade em sentido próprio sem que se manifeste o fenômeno jurídico.
- A sociedade é uma entidade distinta dos indivíduos que a compõem, que constitua formal e extrinsecamente uma unidade concreta. (p. 77)
- B) deve conter a ordem social, excluindo-se as configurações de puro arbítrio ou força material. Toda manifestação social é ordenada.

- 
- C) o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma relação ou série de relações sociais, é **organização , estrutura**, atitude da mesma sociedade em que é vigente

Precedentes doutrinários do conceito de instituição

- Espécie do gênero pessoas jurídicas, mais desenvolvido no direito privado
 - Posteriormente, desenvolvido na Alemanha e França.
- A organização ou instituição não seria um ente dotado de vida própria, mas um **ente voltado a alcançar determinados escopos sociais**. (nova força social) (p. 79)
 - Substrato das pessoas jurídicas em uma organização.
 - Alemanha- *Anstalt*- instituição pública, unidade de meios, materiais ou pessoais para servir de maneira permanente a determinado interesse público (ex. exército, correios)
 - França. **Hauriou**- instituição é uma organização social ("toda ordem permanente através da qual, no interior de um determinado grupo social, os órgãos que dispõem de um poder de dominação são colocados a serviço dos objetivos que interessam ao grupo, por meio de uma atividade coordenada com aquela do conjunto do grupo")

- Hauriou- instituições corporativas. Toda instituição desse gênero é uma verdadeira realidade social, uma entidade fechada, diferente dos indivíduos que dela fazem parte.
 - Nas relações com o mundo exterior: individualidade subjetiva; pessoa jurídica
 - Na vida interior: individualidade objetiva; autonomia; inst como **fonte originária de direito, que produz espontaneamente as três formas de direito (disciplinar, consuetudinária, estatutária ou legal)**
- O mérito de Hauriou foi desenvolver o aspecto da individualidade objetiva
- Além disso, trazer o tema, que era objeto de especulação política e sociológica, para o direito.

Hobbes e Puffendorf

- Hobbes, em *Leviathan*, cap. 22, já previa os *systemata*, e
- Puffendorf, no *De jure naturae ac gentium*, cap. 1, os *entia moralia*, que se originam por impositio. (criação dos entes naturais x instituição dos entes morais) (nota 29, p. 81)

Crítica a Hauriou

- O conceito de instituição deve ser delineado com maior amplitude e precisão. Sua essência, traço fundamental, deve ser identificada de modo diferente
- Injustificado o critério usado para limitar o conceito de instituição somente a uma espécie de organização social tendo alcançado um certo grau de desenvolvimento e aperfeiçoamento
- **Hauriou estaria limitado a moldar seu conceito de instituição pelo Estado moderno**, daí requerer constituição, representação, liberdade política - o que termina por excluir a sociedade comercial p. ex. (p. 82)
- **SR discorda que a instituição seja fonte de direito.**

Conceito de instituição de SR. Características fundamentais

- Item 12, pp. 83 e ss.
- Entidade ou corpo social
- (referência às críticas que recebeu pela indeterminação do conceito; p. 87, nota 30 bis, ex. família, "entidade de fato", pessoa jurídica)

1. Existência objetiva e concreta. Exterior e visível

- **Existência objetiva e concreta; por ser imaterial, sua individualidade deve ser exterior e visível**
- (diferente de imprensa, p. ex.— manifestação idêntica de determinadas forças que na realidade são desunidas e frequentemente divergentes-; diferente de instituto jurídico, com finalidade apenas conceitual)

2. Natureza social

- **Manifestação da natureza social, não puramente individual do homem**
- Comentários sobre instituições que podem não ter personalidade jurídica, como a família p.ex.

3. Individualidade própria, autonomia relativa

➤ Ente fechado; individualidade própria

➤ **Autonomia** não necessariamente absoluta, mas relativa

➤ Instituições simples x complexas (instituições de instituições, como o Estado)

➤ O Estado, como instituição, em relação à comunidade internacional

➤ O Estado e os organismos públicos subordinados, ex. comunas; e os poderes, os estabelecimentos públicos e assim por diante (p. 86)

4. Unidade fechada e permanente

- 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

Interpretando o sentido desse texto para a reflexão em DPP

- Existe algo que precede a norma, que põe a norma [e só os juristas poderiam perceber e interpretar, pois isso é a combinação da política com os movimentos da sociedade, mas como um "momento pré-normativo", a fonte do direito em processo de formação]
- O interessante dessa teoria é a sua interdisciplinariedade implícita. A proposta de SR é uma categoria jurídica que reconhece elementos da sociologia ou a política.