Quaestio Iuris

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

INSTITUCIONALISMO, PLURALISMO, CORPORATIVISMO: 100 ANOS DE "O ORDENAMENTO JURÍDICO", DE SANTI ROMANO

Lucas Fucci Amato[1]

Resumo

Este artigo revisita a teoria do direito de Santi Romano, especialmente a partir de seu livro *O ordenamento jurídico*, cuja primeira edição data de 1917. O trabalho visa a reconstruir o pensamento de Romano, localizando seu contexto, identificando afinidades com seus contemporâneos e mapeando os usos posteriores da conceitualidade da qual Romano foi um dos artífices. Coloca-se em questão a tese de Bobbio sobre a independência entra o institucionalismo e o pluralismo jurídico no pensamento de Romano e busca-se ponderar em que medida tal visão do direito sustenta ou repele uma ordem social e política corporativista. Um século após Romano parece evidente não haver monopólio da produção do direito por parte do Estado. É claro também o contexto intelectual e social que deu origem à combinação entre institucionalismo e pluralismo jurídico, assim como o fenômeno associativo teorizado nessas vertentes parece ter gerado variedades de corporativismo, cobrindo desde experiências totalitárias até a realidade rotineira da poliarquia em Estados democráticos.

Palavras-chave: Santi Romano. Institucionalismo jurídico. Pluralismo jurídico. Corporativismo. Ordenamento jurídico.

INTRODUÇÃO

Há um século o jurista italiano Santi Romano (1875-1947) publicava a primeira edição de seu livro *O ordenamento jurídico* (ROMANO, 1917); a segunda edição veio a ser publicada em 1946 (ROMANO, 2008). No centenário dessa obra, caberia perguntar por seu legado e suas indeterminações, pelo quanto ela indicou e pode indicar para o pensamento jurídico.

Este artigo pretende apontar tópicos-chave no pioneiro estudo de Romano e mapear ilustrativamente o caminho desses temas no pensamento jurídico posterior e em suas cercanias. O ponto de partida é, por assim dizer, validar ou contestar algumas teses interpretativas que Bobbio apresentou em artigo de 1975 sobre a obra de Romano (BOBBIO, 2007). A tese central de Bobbio (2007) é de que a obra de Romano contém duas teorias estritamente discerníveis como distintas e independentes: uma teoria da instituição, outra teoria do pluralismo jurídico. De um lado, a definição do direito como instituição contrapõe-se à identificação normativista. De outro,

[1] Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio doutoral "sanduíche" como Visiting Researcher na Harvard Law School. Bolsista da FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. E-mail: lucasfamato@gmail.com

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

o pluralismo contrapõe-se ao monismo jurídico estatalista. Mas é possível definir o direito como norma e reconhecer a pluralidade de ordenamentos jurídicos com zonas de coincidência, assim como definir o direito como instituição sem defender o pluralismo (como faria Hauriou).

Bobbio (2010), por exemplo, juntará uma teoria do ordenamento com uma teoria da norma – mas então o ordenamento perde aquele sentido de "instituição" próprio da teoria de Romano; a identidade entre ordenamento e organização é substituída pela definição do ordenamento como conjunto autointegrado de normas de conduta e normas de organização. Pode-se então adotar postura monista ou pluralista partindo de uma posição institucionalista (o Estado é ou não é a única "instituição", isto é, ordenamento, organização) ou de uma posição normativista (a única ordem jurídica é a ordem estatal ou há outras ordens jurídicas parcial ou totalmente coincidentes).

Teorias institucionalistas e/ ou pluralistas contemporâneas ou posteriores à de Romano serão analisadas aqui comparativamente e fornecerão alternativas ilustrativas à postura que Bobbio (2010) adotou diante da teoria de Romano: redescrevê-la em termos normativistas, salvando o pluralismo jurídico e expulsando a conceituação institucional.

Quanto à relação entre a doutrina de Romano e o corporativismo, Bobbio (2007) enfatiza que a orientação pluralista da teoria lhe dava ares antiestatalistas que se chocavam com a manifestação particularmente italiana do corporativismo: o fascismo dos anos 1930. Por outro lado, fica claro que Romano repele a auto-organização potencialmente subversiva, revolucionária, entendendo as associações antes como moderadoras e mediadoras dos conflitos e demandas, cujo processador último continua e continuará a ser o Estado. O pluralismo insere-se, então, em uma posição ideológica conservadora, evocando inclusive as relações de subordinação no interior das organizações como contrapeso à liberdade, "talvez excessiva", da ordem estatal em suas pretensões igualitárias. Note-se, ainda, que os fascistas teriam interpretado a reflexão de Romano como relacionada ao nascimento do sindicalismo, a um contexto de fragmentação "superado" pela emergência do Estado corporativo. A questão a se perguntar nesse tópico é: afinal, *O ordenamento jurídico* favorece a concepção orgânica e totalitária do corporativismo (como na frase de Mussolini: "Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado") ou expressa o oposto, a liberdade associativa, a vitalidade da "sociedade civil"?

INSTITUCIONALISMO

Pode-se identificar que a tradição jurídica institucionalista teria raízes na desconfiança tomista da identificação do direito à norma ou regra, identificação esta que toma por fonte do direito a vontade, seja a vontade heterônoma imposta de cima, pelo Estado, seja a vontade autônoma emergente de baixo, pelo contrato (BOBBIO, 2007, p. 165). Para Tomás de Aquino, a realidade do direito é função da medida em que ele concretiza

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

a justiça de um direito divino. Só é direito a ordenação segundo a natureza daquela ordem social, ou de determinado aspecto ou setor dessa ordem. O contexto deve ser considerado para a interpretação finalística das regras e a imersão nesse contexto institucional que define seu alcance e sentido. A prudência dirige tal atividade interpretativa: não é lógica nem ciência, não é conhecimento empírico impessoal e objetivo contraposto ao jogo subjetivo de interesses e ideais (ideologia). Não há o sentido pós-kantiano de liberdade moral, mas sim a ideia de uma ordem moral compartilhada, de valores e opiniões comuns. Tal ordem se revela nas formas de organização da sociedade (por exemplo, nas formas de hierarquia e distinção social), mas não se esgota nesse dado "positivo": depende também da crença em uma fonte transcendente de tais preceitos de conduta – que não são arbitrariamente eleitos pelos homens, mas são os fins que naturalmente dirigem a vontade humana. Os homens os querem porque são verdades e valores corretos, e não o contrário. Nesse raciocínio não há tampouco a distinção pós-kantiana, positivista, entre moral, direito e política (UNGER, 1987).

O dado fundamental que importa reter da concepção tomista é a ideia-matriz de que o direito positivo estaria subordinado a uma série de ordenações de um direito superior, mas seria imerso em estruturas concretas e constituinte de formas de organização social. Tal entendimento, é verdade, marca perenemente toda uma série de institucionalismos. Mas o conceito de instituição define sua presença e identidade mais precisamente no contexto do pensamento alemão do século dezenove, na configuração do campo das "ciências culturais" ou "ciências do espírito". O historicismo alemão expressa-se então em diversas vertentes, sobretudo na escola histórica do direito, liderada por Savigny, e na escola histórica da economia, que teve como expoentes tardios Weber e Schumpeter, influenciando já no século vinte a economia institucional americana, com pensadores como Veblen e Commons.

O contexto intelectual do historicismo compunha-se das influências do romantismo, do idealismo pós-kantiano e do evolucionismo darwinista (WHITE, 1959). Os românticos opunham-se ao racionalismo otimista dos filósofos iluministas, que concebiam a história como progresso; o passado e o irracional eram valorizados pelos românticos. Já em oposição ao formalismo kantiano, à pura ideia da razão como produto do sujeito, os idealistas localizaram na história o ponto de contato entre a ideia e a realidade empírica – Hegel definiu a história como "o desenvolvimento do espírito no tempo". A razão era historicizada e a história, racionalizada. Mas tal pretensão também acabou em paradoxos, como a tentativa de descobrir o princípio ideal – para além do tempo e da história – que governaria todo o processo histórico, como um plano profundo da evolução. Tratava-se então de uma naturalização do historicismo, da pressuposição de uma eticidade concreta e perene a velar sobre a contingência histórica e conter a liberdade e a variedade individual e social. Finalmente, Darwin transformou a visão da natureza, até então concebida como ordem imutável ou perene da criação. Agora, a própria natureza era vista como tendo uma história. Os pontos de fuga entre essas distintas correntes intelectuais consistiam na interpretação da realidade natural e cultural em termos históricos, relativos, submetendo à variância temporal

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

mesmo a ética e a religião, tudo aquilo que tradicionalmente se entendia como valores imutáveis e absolutos intrínsecos à "natureza humana". Não se buscava mais o ser, mas o vir a ser. Os valores, na expressão nietzscheana, haveriam de ser "transvalorados".

Para as ciências sociais, a compreensão da relatividade histórica – da evolução econômica, da coevolução entre formas jurídicas e modos de organização do contexto social mais amplo, da contingência e relatividade dos valores, das práticas e das instituições – marcou sua identidade substantiva e metodológica. E muitas vezes se buscou na história e na ação coletiva – o espírito do "social", do "comunitário", do "associativo" – soluções para o que se identificou como problemas da sociedade moderna.

No direito, o conceito de instituição trilhou longa trajetória. Uma elaboração pode ser localizada em Otto von Gierke, que em 1902 proferiu em Berlim conferência sobre *A natureza das associações humanas*. O problema do tratamento jurídico das sociedades organizadas foi então abordado em uma reelaboração da "teoria do Estado" da Antiguidade e da "doutrina social" da Idade Média; sob esse influxo, Gierke descreve a "teoria orgânica" e rebate as críticas a ela dirigidas. Tal teoria "considera como organismos sociais o Estado e demais associações; por conseguinte, coloca a existência do organismo total, do qual o homem constitui uma parte, por cima do organismo individual" (GIERKE, 1904, p. 73). A conclusão que o autor dará aos "organismos sociais organizados juridicamente" será reconhecê-los por sua importância ética no âmbito da comunidade (GIERKE, 1904, pp. 91-5). Note-se a afinidade dessa teoria com a ideia de "função social do direito privado", tema de um discurso de Gierke em 1899 (GIERKE, 1904, pp. 5-59). Aqui, o contexto de publicização do direito imprime suas marcas na concepção e interpretação do direito privado, invertendo a tendência predominante até então, de dominância das categorias privatistas sobre toda a conceitualidade jurídica.

Já Santi Romano partiu da constatação uma tendência de "socialização do Estado", com certa reversão da pretensão centralizadora do início da modernidade, um contrafluxo do processo histórico de "estatalização da sociedade" (BOBBIO, 2007, p. 170). Romano (2008, p. 79) indicou que "a instituição foi sempre concebida, nem mais, nem menos, como pessoa jurídica", sendo a organização tida como conceito antecedente ao de pessoa jurídica. "A organização ou instituição (*Einrichtung*) não seria um ente natural dotado de vida própria, mas sim um ente voltado a alcançar determinados escopos sociais, sendo pensado ou considerado como sujeito de direito" (ROMANO, 2008, p. 79).

Romano critica a tentativa de definir o direito por recorrência a elementos extrajurídicos e, nessa linha, identifica como alvo a tentativa de pensar a organização como substrato empírico, como fato antecedente à juridicidade. Assim, diz:

> procurei incluir no mundo jurídico aquele fato do ordenamento social que geralmente era considerado antecedente do direito, [...] tentei dar uma definição jurídica do direito. [...] Resultado este ao qual somente se poderia alcançar resumindo o fenômeno jurídico no fenômeno social-institucional e este no fenômeno jurídico, ou seja, identificando um e outro,

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

> o que não é um círculo vicioso, uma tautologia ou uma petição de princípio, mas a demonstração da perfeita autonomia do conceito de direito e da sua suscetibilidade de se fechar e se concluir inteiramente em si mesmo. (ROMANO, 2008, p. 88, nota 30ter)

Romano foge aqui explicitamente às definições sociológicas empiricistas do direito, que buscavam ancorá-lo no fato social. Busca uma definição autônoma do direito, como jogo autoproduzido de estruturas jurídicas. Defende então a identidade entre direito, ordenamento jurídico e instituição: "[t]odo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico. Existe entre os dois conceitos uma equação necessária e absoluta"; em outros termos: "o conceito que nos parece necessário e suficiente para fornecer em termos exatos aquele de direito enquanto ordenamento jurídico tomado no seu todo e unitariamente, é o conceito de instituição" (ROMANO, 2008, p. 78). Organização, sistema, estrutura, edifício, todos esses termos serviriam para designar tal identidade entre ordenamento jurídico e instituição, "uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo" (ROMANO, 2008, p. 89).

> Se o direito pode se concretizar e tomar corpo somente na instituição e se tudo o que passa a ser socialmente organizado é absorvido como elemento desta última – adquirindo caráter jurídico –, pode-se concluir que o direito é o princípio vital de toda instituição, que anima e mantém reunidos os vários elementos que desta advêm, que determina, fixa e conserva a estrutura das entidades imateriais. Reciprocamente, a instituição é sempre um regime jurídico. Mesmo se em certo sentido poderia ser exato concebê-la como o corpo, a ossatura, o tecido do direito, isso não faz com que este último possa vir a ser separado dela, nem materialmente, nem conceitualmente, assim como não se pode distinguir a vida do corpo vivo. Não se trata de dois fenômenos diferentes que se relacionam, se distinguindo um do outro; trata-se, ao contrário, do mesmo fenômeno. (ROMANO, 2008, p. 92)

Mas a busca pela precisão na definição do direito pelo direito acaba incorrendo em certas ambiguidades, como quando se critica a ideia de que a instituição não seja o direito, mas sim seja apenas o alvo em direção ao qual o conjunto de normas funciona. Se o direito é instituição, se o Estado é jurídico desde o momento em que existe, embora sua criação não seja procedimento regulado por normas jurídicas, mas sim um fato, o direito é da esfera do fático. Mas ao mesmo tempo se afirma que, uma vez criado o Estado (como exemplo de instituição entre outras), há direito, embora as normas jurídicas possam ser apenas uma "manifestação mais tardia e subsidiária" dessa juridicidade que já existe enquanto ordenamento concreto.

> De resto, não pode existir direito antes e fora da instituição justamente porque falta a organização que torna jurídica a norma. O direito não pode ser somente a norma posta pela organização social, como frequentemente se afirma, mas é a organização social que, entre as suas outras manifestações, põe também a norma. Se é verdade que o caráter jurídico da norma é fornecido pelo poder social que a determina ou, ao menos, a sanciona, disto advém que este caráter deve ser encontrado já na instituição, que não poderia atribuí-lo à norma se essa mesma já não o possuísse. (ROMANO, 2008, p. 95)

Notemos outras elaborações do conceito de instituição, que historicamente serviu de zona de contato entre teorizações da sociologia, da economia e do direito. Por exemplo: em seu *Economia e sociedade*, com publicação póstuma em 1922, Weber diagnosticou o conceito de instituição (*Anstalt*) como um artefato jurídico da modernidade. A partir da secularização do conceito de corporação, a forma "instituição" surgiu com a criação

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

de empreendimentos públicos de massa – como escolas, asilos e bancos estatais –, aos quais não podia ser atribuído o regime jurídico de corporações, por não terem sócios. Haveria, então, uma "oposição *relativa*" entre união e instituição como "associações com ordens *racionalmente* estatuídas (segundo um plano)".

> Uma "instituição" é sobretudo o próprio Estado junto com todas suas associações heterocéfalas e – desde que suas ordens estejam racionalmente estatuídas – a igreja. As ordens de uma "instituição" pretendem vigência para toda pessoa à qual *se aplicam* determinadas características (nascimento, domicílio, utilização de determinados serviços), sendo indiferente se pessoalmente se associou – como no caso da união – ou não e, menos ainda, se participou ou não na elaboração dos estatutos. São, portanto, ordens *impostas*, no sentido específico da palavra. A instituição *pode* ser especialmente uma associação *territorial*. (WEBER, 2009, p. 33, grifos no original)

Em 1925, consolidando estudos de décadas anteriores, desde o século dezenove, Maurice Hauriou elaboraria outro conceito de instituição, iniciando pela afirmativa de que "[a]s 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" (HAURIOU, 1968, p. 31). Seu estudo se insere na polêmica jurídica entre subjetivismo e objetivismo: para alguns, o sistema jurídico seria estruturado em torno à personalidade jurídica (pelo que se reconheceu, por ficção, a personalidade das organizações), aos direitos subjetivos (o parâmetro da propriedade) e aos atos jurídicos (as regras jurídicas como emanação da vontade de uma pessoa jurídica – o Estado); para outros, o direito se estruturaria objetivamente, pela ordem pública e pela regulamentação (leis, regulamentos, costumes) (HAURIOU, 1968, pp. 32-3). Em sua nova teoria, a instituição surge como centro articulador do direito.

> Uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização desta ideia, organiza-se um poder que procura seus órgãos necessários; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas por órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos. (HAURIOU, 1968, pp. 39-40).

Daí o discernimento de instituições que se personificam (Estados, associações, sindicatos) e que não se personificam (como a "regra do direito, socialmente estabelecida", que toma do Estado seu poder de sanção e a comunhão que se produz em seu entorno) (HAURIOU, 1968, p. 40).

O pluralismo de Hauriou foi mais influente e tinha um claro sentido de incitamento à auto-organização. Romano afirmou explicitamente suas diferenças com a teoria do jurista francês. Hauriou restringiria o conceito de instituição a "organizações corporativas", tidas como entidades complexas, definiria seu processo decisório como análogo à representação constitucional e entenderia as instituições como fonte do direito. Para Romano, é errado restringir o conceito de instituição a organizações complexas – entidades bastante simples podem ser organizações. Ademais, podem decidir de forma autoritária ou mesmo comunitária, por consenso igualitário ou por imposição hierárquica. E não podem ser fontes do direito, "causas" do direito – as instituições são o direito, não seu antecedente. Ademais, instituições não precisam ser totalmente autônomas. A ordem internacional é a

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

maior das instituições (LA TORRE, 1993, pp. 193-4).

Luhmann (2005, p. 54, nota 37) nota que a teoria jurídica "institucional" de Romano "identifica o direito com a estrutura de qualquer sistema social", mas, à sua época "ainda não tivera possibilidade alguma de se modelar por uma teoria sociológica do sistema social [...]". Contudo, Bobbio (2007, p. 167, nota 23) parece mais fiel à autointerpretação do próprio Romano, que não concebia seu estudo como sociológico, mas como estritamente jurídico, um trabalho de teoria do direito: era um "formalista" no sentido de considerar o direito como forma das relações sociais, mas estudável independentemente de suas "relações com a sociedade", definível como sistema de direito objetivo. Romano permanece adepto estrito do positivismo jurídico, da definição do direito como fato normativo, repelindo o ponto de vista do direito natural, do direito como entidade do mundo das ideias. Isso lhe permite reconhecer a juridicidade de ordens que não apenas vivem à sombra do poder estatal, mas podem ser ilícitas e criminosas diante do direito estatal e mesmo eticamente reprováveis. Vale lembrar sua observação crítica a respeito da ideia de Jellinek de que o direito seria o "mínimo ético": "O direito contém não somente uma certa parcela de moral, mas também de economia, de costume, de técnica etc.; e esta parcela, que *a priori* não pode ser circunscrita e nem mensurada, não é necessariamente um *minimum*" (ROMANO, 2008, p. 91).

Como enfatiza La Torre (1993), Romano jamais reduz o direito, o ordenamento jurídico, a um conjunto de normas, obrigações, sanções, ou mesmo de relações jurídicas, direitos e deveres. A identidade do ordenamento jurídico emerge para além da soma dessas partes ("objetivas" ou "subjetivas"). Mesmo as relações jurídicas pressupõem uma ordem emergente "de cima", a organização, o ordenamento como entidade que se move segundo as normas e move as próprias normas; as normas são o fim e o meio pelo qual opera o ordenamento, não apenas um elemento de sua estrutura.

O que gera interpretações díspares do institucionalismo de Romano é sua busca autodefinida como "científica", axiologicamente neutra, estritamente jurídica pela definição do direito, que paradoxalmente leva à imersão do direito no plano da estruturação em geral da sociedade – onde há alguma organização das relações sociais, onde há ordem social, há direito. A ordem jurídica é essa ordem. A organização ou sistematização de normas e regras – o que Kelsen e Bobbio chamam de ordem jurídica ou ordenamento jurídico – é, para Romano, mera expressão e representação ulterior do ordenamento jurídico, que consiste justamente nessa rotinização, disposição ordenada, organização da sociedade. Tal conceito de direito é, por assim dizer, derivado daquele mais fundamental, identificado ao de instituição.

Aqui, a ideia de sociedade como organização (como nas teorias do contrato social ou no conceito do direito societário) ainda não se distingue da ideia de sociedade como ordem onicompreensiva de sentido. Isso explica, por exemplo, a interpretação de Luhmann, para quem a sociedade é a ordem mais abrangente de comunicações, e as organizações são apenas um tipo de sistema social (bancos, escolas, igrejas, cortes,

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

parlamentos), ao lado de outros tipos, como interações, movimentos de protesto, sistemas funcionais (economia, política, educação, religião, direito). Mas, assim como Luhmann (1983, p. 57) enfatiza que as expectativas normativas (como as normas jurídicas) tanto quanto as expectativas cognitivas (informações econômicas e científicas, por exemplo) são empíricas, são fatos, Romano enfatiza o enraizamento do conceito de direito em um dado empírico: o dever-ser é parte da esfera dos fatos.

Para Luhmann, o direito é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade. Para Romano, é uma unidade estável de ação social, uma organização, um centro de atividades com estruturas e formas perenes que lhe dão uma vida própria, uma independência, uma individualidade visível como centro jurídico – produtor e produto do direito, um transformador da força e do poder em direito e ordem. Nesse sentido, vale lembrar a observação de Luhmann a respeito do tema de Karl Polanyi (2000) do "desenraizamento" da economia em relação à sociedade pelo advento da economia de mercado "autorregulada". Tal distinção (*embeddedness/disembeddedness*), não faz sentido, diz Luhmann (2013, p. 110). O mesmo valeria para o direito, que também é autorregulado, e não deixa de ser, como a economia, um subsistema ou sistema parcial *da sociedade*. Em escrito de juventude, Luhmann (2010, p. 86) definiu que "[a]s instituições são expectativas de comportamento temporal, objetual e socialmente generalizadas e como tais formam a estrutura dos sistemas sociais. Nessa medida – e só nessa medida – são possível objeto de positivação jurídica". Em seu pensamento posterior, porém, Luhmann abandonou o conceito de instituição.

Há, no entanto, teorias jurídicas institucionalistas, como a de MacCormick e Weinberger, que buscam outras fundamentações, especialmente a partir da teoria da ação e da noção de "fato institucional" (Searle). Aqui, portanto, o conceito de instituição se amplia para além de organizações, abrangendo por exemplo os contratos. O direito é posto como espécie de "ordem institucional normativa" e tenta-se submeter o positivismo a uma visão da moralidade do direito que reconheça a autonomia individual como árbitro acerca do que se deve fazer, uma vez que se seja confrontado com as demandas de ordens normativas institucionais (estatais) ou informais (MACCORMICK, 1999). Não é claro, porém, o que tal teorização acrescenta às elaborações de um positivismo moderado como o de Hart (discutido no próximo tópico).

Uma vertente institucionalista também pode ser identificada no movimento americano de estudos críticos do direito (*critical legal studies*). Assim é que Unger (2013, p. 14) veio a definir instituição como "[u]m conjunto de regras e crenças que formata um aglomerado de práticas informado pela concepção de como as pessoas, em certo domínio da vida social, podem e devem lidar umas com as outras". E definiu, para as ciências sociais e especialmente para a economia política e o pensamento jurídico, a tarefa da "imaginação institucional" (UNGER, 1996). No direito, o método consistiria em mapear, no plano das instituições, configurações variadas de determinado setor do direito e da sociedade – da família, da economia, da política, por exemplo. As alternativas

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

deveriam ser contrapostas e criticadas normativamente a partir da distância entre ideais e interesses professados e as práticas e instituições que as encarnam. Entre os cenários evocados por Unger (1996) está aquele de uma "poliarquia radical", que pode ser interpretado como uma extensão do papel das associações voluntárias diante da política estatal e da economia de mercado. Entre outras fontes teóricas para tal concepção institucionalista, Unger (2001a, p. 633) indica a tradição do institucionalismo jurídico francês.

Uma perspectiva construtivista de teoria jurídica (AMATO, 2017a) propõe justamente uma abordagem sistêmico-institucional. Parte-se da orientação sistêmica desenvolvida por Luhmann, na qual o conceito de sistema não se confunde com o conjunto autointegrado e estruturado de normas e preceitos (sistema no sentido ideal tradicional do pensamento jurídico) nem se resume às formas concretas da juridicidade. Os sistemas se definem como distinções operacionais da própria comunicação, como cadeias de sentido com identidade confirmada ao redor de certos problemas e distinções-chave, como lícito/ ilícito (direito), poder/ não poder (política). Outro ponto de partida é a noção luhmanniana de instituição. Assim, com sua teoria da comunicação podem-se mapear as estruturas internas dos sistemas funcionais da sociedade (direito, política, economia, ciência, arte, saúde, educação), suas equivalências e isomorfismos, e – como propõe Unger – esquadrinhar nas formas e discursos do direito os diferentes modos de organização desses sistemas. Note-se que aqui a instituição não é mais identificada aos sistemas organizacionais, mas se refere à configuração de todo tipo de sistema social. Particularmente no campo ampliado dos sistemas funcionais, há a modelagem institucional tanto de organizações quanto de uma esfera pública – o mercado, para a economia; a opinião pública, para a política; a personalidade jurídica, para o direito, como campo de tradução de todas as pretensões contrafáticas em termos de direitos e deveres, poderes e responsabilidades.

PLURALISMO

A exclusiva validade de uma única ordem jurídica – a ordem estatal – em determinado território configura o monismo kelseniano a que se contrapuseram autores que imergiram o direito nas diversas unidades de organização social, como Romano, em sua obra de pretensões delimitadas na teoria do direito, e Ehrlich, em seus escritos fundantes da sociologia jurídica (AMATO, 2015). Vale notar que a teoria oposta ao pluralismo de Santi Romano – qual seja, a perspectiva monista de Kelsen – está ligada a uma concepção do Estado como organização.

> Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda organização jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estatal da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supraestatal (ou interestatal) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar certo grau de

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

> centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada. (KELSEN, 2006, p. 317)

É interessante contrastar o entendimento de Kelsen com o de outro positivista clássico do século vinte: H.L.A. Hart. É falso afirmar que a teoria de Hart, por reduzir o direito a um comando estatal, não deixaria qualquer espaço ao reconhecimento de outras ordens jurídicas (não estatais) convivendo em um mesmo espaço, ao mesmo tempo. Isso porque, primeiramente, Hart define o direito não a partir do comando do soberano, mas da aceitação (uso) de regras sociais, as quais são qualificadas como jurídicas por padrões costumeiros de entendimento consolidados em um grupo de oficiais (que tipicamente é estatal, mas pode não o ser). O positivismo jurídico como um todo, defende Waldron (2010, p. 141, nota 26), aceita como fonte do direito não apenas a legislação, mas também o costume (ainda que em posição subordinada e subsidiária, no mais das vezes). É certo, porém, que Hart não se preocupou em desenvolver o tema do pluralismo jurídico.

Em debate célebre na teoria do direito, Fuller entrou em embate com o positivismo hartiano, defendendo a "moralidade do direito" contra a tese da separação entre direito e moral. Do lado de Fuller, embora a pluralidade de ordens jurídicas fosse albergada por sua concepção de direito como empreendimento realizado de maneira horizontal ("interacional") em diversas frentes – isto é, pela ordem estatal, mas concomitantemente também por vários "sistemas jurídicos em miniatura" –, o pluralismo jurídico seria, como assinala Waldron (2010, pp. 151-4), um obstáculo à manutenção de alguns princípios da legalidade ou *desiderata* da "moralidade inerente do direito" (generalidade, não contradição, etc.), quando considerada a filiação de cada pessoa a várias ordens jurídicas (que podem exigir condutas contraditórias, regras que são seguidas pela "oficialidade" de um sistema, mas não pela dos outros, etc.).

A ordem jurídica medieval que inspirou alguns teóricos pluralistas é vista como unidade com graus de valor escalonados entre os entes e com uma série de subordinações e intersecções entre ordenamentos jurídicos diversos – comandados pela ordem privada feudal, pela ordem das cidades, pela igreja e pelo império. A ordem social – corporativo-estamental – é sancionada e representada como direito. Essa ordem de valor e moralidade imanente teria sido desintegrada pela centralização do poder estatal, que capturou os diversos ordenamentos jurídicos em que se desenvolvia a sociabilidade medieval e colocou o soberano como garante da paz, da ordem e da segurança, condições indispensáveis para as relações jurídicas voluntárias entre os privados. Mas Weber, principal referência na análise do processo de centralização do Estado moderno, trabalhou tanto com o conceito de instituição quanto reconheceu a partir deste a pluralidade de ordens jurídicas. "Weber mostrou a coexistência de várias ordens jurídicas, com relações complexas entre si (conflito, colaboração, indiferença), e mostrou a não-identidade entre ordem jurídica e Estado." (BARBOSA, 2007, p. 126). Assim, uma dissonância entre as perspectivas da validade formal do direito e da eficácia empírica de ordens jurídicas coexistentes no mesmo espaço marcou as reflexões sobre o direito ao longo do século passado.

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

A tradição institucionalista francesa do século vinte, cujo ápice ocorreu no entreguerras, foi a base de uma visão corporativista, comunitarista e personalista do direito e da ordem social. A encíclica *Rerum novarum* (1891) condenara a socialização da propriedade e a luta de classes, apelando para a justiça e a caridade como fundamentos da harmonia social. Nesse espírito, o neotomismo centrava a definição do direito em uma interpretação preocupada em manter a coesão social, conservando hierarquias e divisões tradicionais na sociedade. A pessoa haveria de ser reconhecida como membro de um corpo social, de uma totalidade orgânica e consensual, o que implicava repelir a "anarquia" do individualismo liberal tanto quanto a "subversão" revolucionária do comunismo "totalitário". Esse mesmo contexto que propulsiona o discurso dos direitos humanos (MOYN, 2015) fornece o enquadramento para o pensamento jurídico institucionalista.

Recorde-se ainda, para compor o quadro intelectual do direito francês, a tradição do solidarismo jurídico, doutrina em voga de fins do século dezenove até a primeira guerra mundial. A sociedade era apresentada pelo solidarismo como uma espécie de propriedade condominial, à semelhança de um instituto de direito privado; devendo o indivíduo seu desenvolvimento pessoal também a fatores sociais, cabia a cada um responder por uma dívida social (ARNAUD, 1991, pp. 55-79). A base filosófica do pensamento solidarista, cujo maior expoente no campo jurídico foi Duguit, em grande medida continuava a encampar a defesa das instituições essenciais da sociedade "burguesa" (a propriedade privada, a herança), de uma função meramente subsidiária, mínima, do Estado e a noção de que o direito público era uma derivação do direito privado, cabendo a este uma primazia.

O direito social que emergia dos empreendimentos de organização dos serviços públicos e esquemas públicos de solidariedade e previdência expressava as inovações institucionais trazidas por esse tipo de pensamento. E foi dentro da mesma semântica solidarista que se enfrentava o estatalismo e o positivismo dessa visão centrada na "regra de direito". A perspectiva institucionalista, orgânica, era uma dissidência interna nesse contexto. O pluralismo entra em cena quando se trata de reconhecer a diversidade dos grupos sociais, identificá-los como fontes produtoras de orientações normativas e defender o equilíbrio entre essas formas normativas como mecanismo fiador da harmonia social e propulsor da solidariedade. Clubes, empresas, hospitais, igrejas, escolas, universidades haveriam de ser vistos como arenas da vida social e centros produtores de direito tanto quanto o Estado (BRODERICK, 1970).

Bobbio (2007) julga que em Romano a teoria da pluralidade de ordenamentos jurídicos é mais elaborada que a teoria sobre o direito como instituição. Aqui, Romano quis identificar organização e sistema normativo, ou estrutura normativa, enquanto que, para Bobbio, a organização só toma forma jurídica a partir de outros dados sociais: poder, vontade, interesses, ideais. A instituição só poderia ser então o fato constitutivo do direito, antecedente a ele. Hauriou, por sua vez, revelaria preocupação nitidamente sociológica, colocando o direito como forma de organização do poder. Bobbio (2010), portanto, prefere integrar o conceito de

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

ordenamento como conjunto de normas (que seria meramente derivado do conceito institucional em Romano) a uma teoria estrutural do direito como norma e ordenamento; as preocupações sociológicas, ele as remete a uma teoria funcional complementar (para uma análise e crítica dessa proposta, ver AMATO, 2017b).

É notável que a semântica do pluralismo jurídico é expressão de movimentações das estruturas sociais típicas do século vinte, como o fortalecimento do movimento sindical e, mais tarde, dos outros movimentos sociais. Também a abordagem pluralista foi empregada para analisar a sobrevivência de direitos coloniais que sofreram a sobreposição das formas jurídicas "modernas", "oficiais", assim como para enfocar a convivência de ordens revolucionárias com o direito anterior resistente à transformação.

Ao final do século, o pluralismo foi resgatado por teóricos como Boaventura de Sousa Santos (2014). Seu ponto de partida foi a pesquisa em uma favela do Rio de Janeiro que revelou a criação de uma para-institucionalidade: uma ordem jurídica em si mesma, que, reagindo à ineficácia da ordem jurídica estatal naquele espaço, centrava-se nas atividades de ratificação de acordos jurídicos e mediação de disputas, que eram conduzidas pela associação de moradores daquela comunidade. De um lado, aquela ordem criara sua própria legalidade onde para o direito estatal só havia ilegalidade: da posse, da propriedade, dos direitos de vizinhança e de construir. De outro, ela substituíra mediações informais conduzidas na comunidade e o simples recurso à violência. Não sendo capaz de impor sanções, a associação de moradores apenas ameaçava apelar à polícia ou ao direito estatal. Mas ela criara uma retórica de oficialidade, seletivamente importando formalidades do direito estatal, combinando-as com a moral e a linguagem populares e desenvolvendo formas de argumentação capazes de conduzir a uma solução consensual de disputas e a gerar alguma confiança das expectativas.

Essa renovação do pluralismo jurídico atendeu ao fato de que, diante do direito estatal moderno, não havia uma ordem jurídica de corporações ou uma ordem colonial, autóctone ou revolucionária; havia sim uma ordenação também moderna das relações jurídicas, com isomorfismos com o direito estatal, embora com sua própria concatenação da atribuição do código lícito/ ilícito. De qualquer modo, o pluralismo jurídico é invocado como uma ordem ancorada em uma cultura própria – apesar de inserida na modernidade urbana e industrial. Mas esse direito informal, retórico, não profissionalizado, razoável e participativo não apresentaria também problemas? A delegação tácita ao direito local, abandonando a solução de disputas a uma cultura à parte, não seria uma negação das garantias do estado de direito e do devido processo a essa parte mais vulnerável da população? Neves (2003; 2008, pp. 255-6), por exemplo, afirmou que tal resposta pluralista romantiza uma situação de desestruturação da ordem estatal, pretendendo identificar uma ordem jurídica autônoma onde na verdade há uma miscelânea arbitrária de violência e necessidade às margens da legalidade.

Esse pluralismo também foi apropriado para explicar a emergência de ordens privadas transnacionais. Na conceitualidade da teoria dos sistemas, Teubner teorizou tal fenômeno. Teubner (1993, pp. 53-94) entendia que

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

um sistema jurídico que contivesse normas secundárias, no sentido de Hart (regras de alteração, julgamento e reconhecimento), constituiria um "direito parcialmente autônomo", estágio intermediário entre o "direito socialmente difuso" e o "direito autopoiético". A autonomia parcial seria obtida quando já há autodescrições e estas regulam o próprio sistema (autoconstituição) (TEUBNER, 1993, pp. 81-2); a autopoiese, porém, só existiria quando se tivesse um "sistema que gera os seus elementos a partir dos seus próprios elementos e estruturas"; assim, tal autopoiese "apenas pode emergir caso as relações autorreferenciais circulares dos componentes do sistema sejam constituídas por forma a permitirem a sua própria articulação e interligação num hiperciclo autorreprodutivo." (TEUBNER, 1993, p. 84). Neste caso, a autodescrição orienta a autorreprodução e se constitui um hiperciclo envolvendo normas, doutrinas, processos e atos jurídicos (TEUBNER, 1993, pp. 77-8, 86).

Teubner (1997, pp. 7-8) então observou a emergência de um direito global "formado por colegiados invisíveis, mercados e departamentos invisíveis, comunidades profissionais invisíveis, redes sociais invisíveis que transcendem fronteiras territoriais e, não obstante, pressionam a emergência de formas genuinamente jurídicas". Vanguardas especializadas na economia e na ciência, por exemplo, geram seus próprios *standards*, formas de sanção e arbitragem. A tréplica de Neves (2001) foi a mesma: as diversas formas de pluralismo jurídico – locais ou globais, de populações vulneráveis ou de corporações transnacionais, o pluralismo dos pobres sitiados ou o pluralismo das elites cosmopolitas – podem representar, diante da ordem jurídica estatal, padrões de sub e sobreinclusão e arriscam criar estruturas internamente opressivas imunizadas contra intervenção externa. Grupos sub e sobreincluídos podem se libertar dos limites do estado de direito, desvinculando-se seletivamente de suas prestações ao desenvolver uma institucionalidade paralela.

As críticas pressupõem que o fato criticado exista. Portanto, o pluralismo vem a se constituir como um dado do direito da sociedade mundial, sobretudo como ela se organiza desde a metade do século vinte, com os processos de internacionalização do direito, globalização econômica e interdependência política. Observam-se – em campos como direitos humanos e direito econômico – ordens jurídicas subnacionais (como o direito de povos indígenas), nacionais (estatais), internacionais (ONU, OMC, TPI), transnacionais (cortes arbitrais, autorregulação corporativa) e supranacionais (União Europeia) (ver *e.g.* AMATO, 2014). A perspectiva pluralista revelou-se como um diagnóstico de época ainda capaz de iluminar as formas institucionais engendradas pelo direito neste século vinte e um.

CORPORATIVISMO

O corporativismo, cuja expressão mais influente foi a doutrina social da igreja católica em meados do século vinte (como na encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931), partia do diagnóstico de que o Estado precisa do contrapeso dos grupos intermediários para não se tornar autoritário e os indivíduos precisam dessas organizações

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

para que a ordem social não se esfacele: assim, por exemplo, como na institucionalidade fascista, o Estado deve apoiar e tutelar as corporações sindicais para garantir a solidariedade nas relações entre capital e trabalho. Diante do diagnóstico do esfacelamento da ordem de estratos pela liberdade dos papéis e pelos conflitos de classe que caracterizam a sociedade moderna, a proposta é restabelecer uma ordem estamental na qual cada qual tenha sua posição bem definida (com as vantagens de evitar os riscos de exclusão típicos da "anarquia" da diferenciação dos sistemas e da perda de "autoridade" das instituições tradicionais, como estado, família e igreja). Muito da ideia de "direito social" e da crítica ao liberalismo (identificado com "individualismo", "egoísmo" e "atomismo") passa por essa visão – de Durkheim a Romano, ganhando mais repercussão (inclusive constitucional) nas encíclicas católicas. Trata-se de um "comunitarismo corporativista", na análise de Unger (1984, pp. 249-50; 1996, pp. 148-63; 2001a, pp. 384-9; 2001b, pp. 598-9).

Em que medida, porém, poderia Santi Romano de fato ser categorizado como um teórico do corporativismo? Para responder a essa indagação, precisamos especificar mais detalhadamente do que se trata tal ideologia e institucionalidade.

Schmitter (1974) discerne nesse sentido quatro "tipos construídos" que iluminariam as principais opções disponíveis no repertório político do século vinte. O primeiro é aquele modelo soviético em que as associações "civis" são de número limitado, de caráter ideológico uniforme, definidas, licenciadas e controladas pelo partido-Estado, que seleciona suas lideranças e estabelece suas formas de mobilização. Seu oposto seria um modelo de associações múltiplas, autônomas, sem qualquer interferência estatal, e com capacidade de agregar interesses, tomar decisões e resolver conflitos à margem da política estatal. Trata-se mais de autonomia do que de representação, de vínculo entre coletividades e Estado.

O terceiro modelo é o liberal. É uma institucionalidade representativa que corresponde à imagem do pluralismo de interesses, do vínculo direto entre indivíduo e Estado, contraposto ao esquema de autonomias justapostas, de "organizações intermédiárias", com que se caricaturiza o "corporativismo medieval". Ao longo do século passado, porém, mesmo as democracias liberais vêm a funcionar segundo um esquema de pluralismo de grupos de interesse (DAHL, 1989) que observam e capturam a política estatal, enquanto a maioria da cidadania permanece desatenta, desorganizada e desmobilizada.

Finalmente, o corporativismo é um sistema de representação de interesses institucionalizados ao redor de um conjunto delimitado de organizações não competitivas, com estruturação interna hierárquica e, externamente, certa "reserva" ou "monopólio" – no limite dependente de licença ou reconhecimento pelo Estado – para representar determinadas categorias "funcionais". Em vez de um esquema de associação voluntária e de competição entre associações para representar os cidadãos por múltiplos critérios de filiação (localidade, religião, profissão), têm-se aqui uma interpenetração com o Estado na definição das associações autorizadas ou, de fato ou

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

de direito, reconhecidas como representativas, assim como um controle mais ou menos direto da seleção da burocracia e das lideranças nessas organizações, que vêm a se colocar como grupos de interesse e pressão em relação ao Estado – o qual, ao mesmo tempo, as manipula. Essas organizações de interesse tendem aqui a ser entidades paraestatais, pessoas jurídicas de direito público, enquanto em um regime liberal clássico vige a ideia de pessoas jurídicas de direito privado; é o contraste, por exemplo, entre unicidade sindical e sindicalização automática, de um lado, e de outro um regime de organização das relações capital-trabalho regido pelos princípios contratualistas de pluralidade sindical e liberdade de associação.

Registre-se que a variedade empírica dos regimes corporativistas é grande e não há uniformidade nem característica singular que os unifique – por exemplo, associações unitárias para trabalhadores e patrões ou restrição à representação partidária, à atividade de associações regionais ou a outros movimentos sociais. Apenas tardiamente é que as ideias corporativistas vêm a se difundir na forma do nazismo alemão, dos regimes fascistas da Europa mediterrânea e ibérica e, ainda, nos governos autoritários da América Latina.

Tanto o corporativismo quanto a representação pluralista liberal aproximam-se no sentido da expansão do papel das "organizações intermediárias", da "sociedade civil organizada" em mediar a representação política ao lado dos partidos. Ambos os "modelos" caminham na direção da extensão do escopo dessas organizações (vocalizadoras de demandas que levam à expansão das áreas das políticas públicas) e do mútuo empoderamento, do lado do Estado e do lado da "sociedade civil", da tecnocracia, de uma burocracia técnica especializada que estreita mais e mais a amplitude das decisões políticas, conduzindo-as a oligarquias.

O que continua a ser uma diferença de grau para a representação política pluralista é o caráter competitivo, múltiplo e autônomo da criação e do funcionamento das associações, além da não contenção destas dentro de uma hierarquia unitária. Nos moldes liberais, a densidade de uma vida associativa multiplicada e sobreposta, o "capital social", amenizaria a instabilidade social. Sobreposições entre associações concorrentes, transparência interna aos associados, pressões direcionadas ao parlamento, falta de hierarquias estáveis configuradoras de um domínio de classe, tudo isso levaria a política de grupos de interesse a situá-los nem no polo da marginalidade e irrelevância nem naquele do poder absoluto de vetar toda e qualquer decisão de governo.

Contudo, tanto o corporativismo quanto o liberalismo do século vinte buscam na mediação das associações o remédio para a intermediação política contra a instabilidade e os extremismos facciosos. Enquanto o "centrismo" tecnocrático liberal vale-se desse instrumento como em interpenetração com a tomada de decisão nos poderes políticos, os corporativismos autoritários buscam a unidade de pensamento e ação do Estado e da sociedade (consumada na entidade "nação") sob certa liderança carismática, com personalidade capaz de conter os conflitos advindos das desigualdades de poder e riqueza. Os líderes corporativos ganham status de "autoridade", falam por seus setores e podem até se substituir ao parlamento na negociação política.

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

Arranjos corporativistas incluem arenas de negociação entre os topos das hierarquias corporativas, delegação de capacidade autorregulatória a associações representativas, influência clientelista das associações na composição dos corpos administrativos e em agências paraestatais. É possível discernir, assim, variedades de corporativismo – não se trata apenas de regimes autoritários e antiliberais. Esquemas de negociação corporativa sustentam mesmo a política dos Estados de bem estar social escandinavos; o governo se alia às grandes empresas e aos setores mais organizados da força de trabalho para produzir concertações, "contratos sociais" – com custos socializados entre os que ficam de fora desse arranjo de "rentismos" (UNGER, 1996, pp. 97-104, 140-1).

Seguindo já a percepção de um dos grandes teóricos do corporativismo, Mihail Manoilescu, Schmitter (1974) segue distinguindo um corporativismo "puro", "de Estado", e um corporativismo "subodinado", "societal". Em ambos os casos a "sociedade civil organizada" é reduzida a um pequeno número de "corporações" com adesão compulsória, que repartem seu público de maneira não competitiva, apresentam uma hierarquia definida, uma diferenciação funcional (em categorias ocupacionais pré-definidas), têm monopólio da representação e controles na seleção dos líderes. Há, ao redor do centro de governo, comitês, conselhos, corpos de conciliação – em diversos níveis territoriais, em diversos setores econômicos. A burocracia pública trabalha lado a lado com a assessoria técnica das corporações. A diferença segue sendo a medida em que essa concentração organizacional é "espontânea", resultado da seleção competitiva, ou é definida "de cima para baixo" pelo Estado diretamente. O primeiro corporativismo é típico de regimes autoritários, assembleares, de partido único ou com processos eleitorais distorcidos, "plebiscitários"; o segundo caracteriza as democracias liberais ou "pós-liberais", com altos níveis de descrença, desmobilização e captura apenas por minorias de interesses organizados – canalizados, é verdade, pelos devidos procedimentos legislativos e em grande medida parasitários à lógica do mandato representativo.

Afinal, o que este tema evoca a respeito do pluralismo institucionalista de Romano? Era uma teoria corporativista? Vale contrapô-la ilustrativamente ao institucionalismo schmittiano, que coloca a imanência normativa como alternativa à solução idealista kantiana: a separação entre ser e dever-ser. Para Schmitt, a validade jurídica das normas depende de seu enraizamento em ordens "concretas" e não pode ser simplesmente atribuída por um observador idealmente.

Em texto de 1934, o jurista do nazismo (SCHMITT, 2011) distinguia três tipos de pensamento jurídico. No primeiro, o elemento dominante são as decisões. A autoridade, não a verdade ou a justiça, faz o direito. O soberano impõe sua vontade e ela é a fonte de todo o direito decorrente. Ela ordena o caos anterior. Não importa como essa decisão é tomada – não há regras anteriores a circunscrevê-la e a definir seu modo de produção. Importa o ato de autoridade e a obediência. Tal entendimento marca a tradição positivista britânica, de Hobbes, Bentham e Austin.

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

No segundo tipo de pensamento jurídico, o determinante são as normas ou regras jurídicas – e o ordenamento jurídico vem a ser definido como soma dessas regras. As organizações e os sujeitos só são entendidos enquanto centros de imputação normativa. Os fatos importam enquanto conteúdo, hipótese, de normas. As regras são gerais e abstratas, fornecendo aquele tipo de justiça formal, certeza e previsibilidade que marcam o espírito do direito liberal. Normatividade e faticidade permanecem apartados.

O positivismo não seria um tipo puro, mas representaria a confluência do decisionismo com o normativismo. Aqui a perspectiva é a de quem observa a decisão de um conflito e instrui o órgão judicial sobre a interpretação da lei. Judiciário profissional, codificação e escolas jurídicas formalistas e legalistas compõem o quadro histórico desse tipo de pensamento jurídico. Esse pensamento jurídico burocrático exalta a confiança, segurança, as expectativas. O raciocínio centrado em regras remete primeiro à vontade do legislador; para salvar-se do psicologismo, apela à vontade da lei; depois procurará centrar-se na própria determinação de sentido de cada norma em sua unidade sistemática com as demais. Salva-se a pureza do direito como forma, sem recair em controvérsias sobre o extrajurídico – o dado econômico, político regrado. (Observo que a tal formalismo se seguirá no século vinte a tendência "pós-positivista" a interpretar finalisticamente as normas, com uma abertura idealizada a dados econômicos, políticos etc. pela remissão a valores ou a uma ordem moral abrangente.)

Schmitt apresenta a novidade do terceiro tipo de pensamento jurídico e adere a ele. Trata-se do pensamento institucional, cujo centro conceitual é "ordenamento concreto". Sua base são os nexos reais, efetivamente existentes na vida. Seu oponente é o idealismo abstrato que marcou a recepção do direito privado romano e, depois, o pensamento constitucional baseado no ideal do Estado de direito. Para o institucionalismo, a norma não cria o direito, é antes a expressão derivada e precária de uma ordem concreta subjacente, esta sim constitutiva do valor jurídico. A norma formulada e formalizada é mais epifenômeno do direito que seu elemento definidor central. O ordenamento jurídico resume-se ao poder e à autoridade concretos, imanentes a uma comunidade de vida e valor, organizada segundo cargos, estamentos, hierarquias, enfim, segundo distinções técnicas e morais. A eticidade concreta, a moralidade imanente às instituições – ao casamento, às corporações, às fábricas, aos exércitos – define o lícito e o ilícito, não se podendo conceber tais entidades como mero produto do encontro contratual de vontades individuais. É o que expressou a filosofia do direito de Hegel. Mas é também o tipo de pensamento emergente com a decadência do formalismo e a emergência de remissões das regras a conceitos indeterminados e representações extralegais (como boa-fé e justa causa), assim como com a decadência do Estado de direito e do direito contratual individualista em favor de um Estado total e de esquemas distributivos, comunitários, coletivos de negociação e acordo. Em termos do Estado nazista, a oscilação entre estado de direito e estado de exceção e a separação dos poderes são substituídos por uma integração de três séries de ordenamentos (Estado, Movimento, Povo) sob o comando judicante, a liderança, a disciplina e a honra do *Führer* (para uma

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

retomada do potencial crítico da noção de estado de direito contra o Estado total nazista, ver NEUMANN, 2009).

Embora laudatória de *O ordenamento jurídico*, a visão de Schmitt colide com o institucionalismo de Romano (LA TORRE, 1993, p. 193; MACEDO JR., 2011, pp. 86-92). Em primeiro lugar, na medida em que se vincula a um decisionismo (direito = fato da decisão) repelido pelo antivoluntarismo do jurista italiano (que procura nos fatos associativos uma alternativa à visão liberal-contratualista das relações jurídicas). Enquanto Romano situa o fenômeno jurídico no involuntário, na dinâmica mais ou menos "espontânea", "natural" da organização, Schmitt confere centralidade à vontade ordenante e liderante do chefe nacional. Embora crítico do parlamentarismo, de sua dinâmica mais conversatória do que decisória, Schmitt precisou fugir também do caráter de negociação entre grupos decorrente de um pluralismo institucionalista pela pressuposição de uma unidade – unidade fundada não em um contrato social transcendental, ideal, mas no ato de vontade concreto do *Führer*, cujo comando autoritário haveria de dar à luz a vontade institucional do Estado em harmonia com as tradições e o ordenamento concreto dos diversos órgãos da sociedade nacional. Em segundo lugar, há em Schmitt uma fusão ética dos campos do direito e da moral, o que é afastado por Romano. Uma identidade nacional, uma eticidade concreta, um *ethos* vinculado a dados étnicos e tradicionais não são postulados pelo italiano, mas fundamentam decisivamente o caráter da teoria jurídica do pensador alemão.

Como se depreende dessa comparação, Romano de fato proporcionava uma visão da descentralização dos centros de produção do direito, em contraponto à imagem do Estado territorial e absoluto. É certo que via esse pluralismo como, por assim dizer, um móbile a ser mantido na órbita do Estado e dirigido por ele, como o grande ordenamento tendencialmente abarcante dos demais, como "a instituição das instituições" (expressão também usada por Hauriou). Nesse sentido, Romano diferencia-se de um pluralismo radical como o de Gurvitch, que rejeita a supremacia estatal e a possibilidade de hierarquização entre os diversos ordenamentos. Essa anarquia ou poliarquia contrapor-se-ia a seu espírito de ordem e moderação. Por outro lado, Romano não evoca uma ordem natural das corporações fundada em uma visão aristotélico-tomista estrita, como fez Renard, discípulo de Hauriou. Dessa forma, pode-se apontar Romano como intérprete original de um fenômeno – a emergência ou re-emergência das "organizações intermediárias" – que veio a marcar diversas configurações políticas ao longo do século vinte. Seu pensamento não subscreve univocamente seja ao corporativismo estatal, totalitário, seja ao corporativismo societal, dos grupos de pressão e *lobbies* da política liberal representativa. Diagnosticado o fenômeno do pluralismo, no entanto, sua tendência normativa ou ideológica era a de apontar algum grau de integração e coesão na articulação entre Estado e as demais instituições sociais.

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mantém-se de pé a tese de Bobbio (2007, p. 168) de que "a teoria pluralista é lógica e também historicamente independente da teoria institucional"? O contexto que Romano identificou como aquele de "crise do Estado moderno", afinal, evoca a perda do monopólio jurídico pretendido por aquele Estado e a imersão do direito na organização de várias organizações à margem do aparato estatal. Ao mesmo tempo, a pretensão teórica é de fornecer uma teoria do direito moldada à luz do direito público, em alternativa às concepções jurídicas há séculos moldadas pelo direito privado e pela concepção política liberal de indivíduo e Estado vinculados sem organizações intermediárias.

Entendo que, de um lado, a concepção institucional do direito – a identidade entre direito e organização e a imersão das formas jurídicas no próprio fenômeno associativo – é a operação analítica que permite a Romano reconstruir teoricamente no campo jurídico uma realidade observável a seu tempo: a vitalidade das associações, sindicatos, corporações – pedra de toque do socialismo utópico (Proudhon), do liberalismo protodemocrático (Tocqueville) e do cristianismo social (Papa Leão XIII). Bobbio (2007) reconhece esse contexto histórico, mas procura em seguida "descartar" o conceito de instituição, "salvando" apenas a concepção pluralista. De outro lado, como procurarei indicar, há trilhas mais ou menos mutualísticas de desenvolvimento do institucionalismo e do pluralismo jurídicos.

As vias pluralistas e institucionalistas contemporâneas a Romano ou a ele posteriores revelaram – ainda quando sem sua influência direta – um variado repertório de usos e definições para a ideia de "instituição" na análise jurídica, assim como reelaborações da concepção de pluralismo jurídico. É verdade que, nesse sentido, mais voltado a seu "legado" do que a sua articulação original em Romano, institucionalismo e pluralismo revelaram tangenciamentos apenas contingentes: nem o pluralismo jurídico dependeu da identificação de ordenamento jurídico a organização social (no sentido sociológico de organização, cobrindo empresas, associações, sindicatos etc.) nem as concepções institucionalistas tomaram como parte indissociável de sua identidade o tema do pluralismo jurídico.

Sobre o tema do corporativismo, pode-se indicar a falta de univocidade de uma teoria pluralista como a de Romano em endossá-lo ou repeli-lo. Na verdade, o reconhecimento da juridicidade própria produzida pelas "organizações intermediárias", pela "sociedade civil organizada", pode tanto se inserir em formas de pluralismo mantidas na órbita segura de Estados autocráticos (um "corporativismo estatal") quanto em um pluralismo mais aberto e diversificado, em que tais organizações são protagonistas concorrentes nas negociações e concertações corriqueiras em democracias representativas liberais (um "corporativismo societal"). Nestas sempre se mantém a tensão entre o poder cooptativo do Estado por esses grupos organizados (que procuram assegurar seus privilégios

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

em posições de proteção – "*rent-seeking*") e a capacidade de formar bases de legitimação ampliadas pela referência à maioria "universal", em grande parte à margem de filiações orgânicas particulares.

INSTITUTIONALISM, PLURALISM, CORPORATISM: 100 YEARS OF "THE LEGAL ORDER", BY SANTI ROMANO

Abstract
This paper revisits Santi Romano's legal theory, specially on his book *The legal order*, whose first edition dates of 1917. The work aims at reconstructing Romano's thought, localizing his context, identifying affinities with his contemporaries and mapping the ulterior uses of the conceptual framework of which Romano was one of the artificers. We then put into question Bobbio's thesis concerning the independence between institutionalism and legal pluralism in Romano's thought and we try to consider in what measure this vision of law sustains or repels a social and political corporatist order. A century after Romano, it seems evident that the State does not have the monopoly over the production of law. It is clear also the intellectual and social context which gave birth to the combination of institutionalism and legal pluralism, as so as the associative phenomena theorized by these trends seems to have given rise to varieties of corporatism, covering since totalitarian experiences until the routine reality of polyarchy in democratic States.

Keywords: Santi Romano. Legal institutionalism. Legal pluralism. Corporatism. Legal order.

REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. **Construtivismo jurídico:** teoria no direito. Curitiba: Juruá, 2017a.

_____Função, estrutura e instituição na análise jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 112, 2017b.

_____As formas da sociologia do direito: uma redescrição luhmanniana do debate centenário entre Kelsen e Ehrlich. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, vol. 35, n. 2, pp. 227-254, 2015.

_____**Constitucionalização corporativa:** direitos humanos fundamentais, economia e empresa. Curitiba: Juruá, 2014.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia.** Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. O conceito weberiano de direito. Estudo introdutório. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coords.). **Direito e filosofia:** a noção de justiça na história da filosofia. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 109-127.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Tradução de Denise Agostinetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____Teoria e ideologia na doutrina de Santi Romano. *In:* **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. pp. 159-180.

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

BRODERICK, Albert (Ed.). **The French institutionalists:** Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970.

DAHL, Robert A. **Democracy and its critics.** New Haven: Yale University Press, 1989.

GIERKE, Otto Friedrich von. **La función social del derecho privado; La naturaleza de las asociaciones humanas.** Tradução de José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

HAURIOU, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación:** ensayo de vitalismo social. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LA TORRE, Massimo. Institutionalism old and new. **Ratio Juris**, Oxford, vol. 6, n. 2, pp. 190-201, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Theory of society II.** Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013.
_____**Los derechos fundamentales como institución:** aportación a la sociología política. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
_____**Sociologia do direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACCORMICK, Neil. Institutions and laws again. **Texas Law Review**, Austin, vol. 77, n. 6, pp. 1429-1441, 1999.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOYN, Samuel. **Christian human rights.** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.

NEUMANN, Franz. **Behemoth:** the structure and practice of National Socialism, 1933-1944. Chicago: Ivan R. Dee, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
_____From legal pluralism to social miscellany: the problem of the lack of identity of the legal sphere(s) in peripheral modernity and its implications for Latin America. **Beyond Law**, Bogota, n. 26, pp. 125-154, 2003.
_____Et si le douzième chameau venait à manquer? Du droit expropriateur au droit envahi. **Droit et société**, Paris, n. 47, pp. 101-121, 2001.

POLANYI, Karl. **A grande transformação:** as origens da nossa época. Tradução de Fanny Wrobel. 3 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2008.
_____**L'ordinamento giuridico.** Pisa: Mariotti, 1917.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos.** São Paulo: Cortez, 2014.

SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. Tradução de Peter Naumann. *In.:* MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 131-176.

vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2656-2677
DOI: 10.12957/rqi.2017.29177

SCHMITTER, Philippe C. Still the century of corporatism? **Review of Politics**, Notre Dame, vol. 36, n. 1, pp. 85-131, 1974.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. *In.:* (Ed.). **Global law without a state.** Dartmouth: Aldershot, 1997. pp. 3-28.

_____**O direito como sistema autopoiético.** Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The universal history of legal thought.** Mimeo, 2013. Disponível em: <http://robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf>. Acesso em 3 jul. 2015.

_____**False necessity:** anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. From Politics, a work in constructive social theory. 2 ed. London: Verso, 2001a.

_____Appendix to the new edition: Five theses on the relation of religion to politics, illustrated by allusions to Brazilian experience. *In.:* **False necessity:** anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. From Politics, a work in constructive social theory. 2 ed. London: Verso, 2001b. pp. 597-603.

_____**What should legal analysis become?** London: Verso, 1996.

_____El concepto de derecho en Santo Tomas de Aquino. *In.:* TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. **Introducción a la filosofía del derecho y a la teoría general del derecho.** Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987. pp. 87-88.

_____**Knowledge & Politics.** 2 ed. New York: Free Press, 1984.

WALDRON, Jeremy. Legal pluralism and the contrast between Hart's jurisprudence and Fuller's. *In.:* CANE, Peter (Ed.). **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century.** Oxford: Hart, 2010. pp. 135-155.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos de sociologia compreensiva I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Ed. UnB, 2009a.

WHITE, Hayden V. On history and historicisms. *In.:* ANTONI, Carlo. **From history to sociology:** the transition in German historical thinking. Tradução de Hayden V. White. Detroit: Wayne State University Press, 1959. pp. xv-xviii.

Trabalho enviado em 13 de junho de 2017.
Aceito em 09 de setembro de 2017.