II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO

HORÁCIO MONTESCHIO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de
Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal
(suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do
Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor –
Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do
Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias da democracia e direitos políticos e Filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Horácio Monteschio; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2020.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-248-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da democracia. 3. Filosofia do Estado.
II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Os trabalhos publicados nesta obra têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Teorias da Democracia, Direitos Políticos e Filosofia do Estado, durante o II Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 2 e 8 de dezembro de 2020, sobre o tema "Direito, Pandemia e Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios".

O II Encontro Virtual do CONPEDI contou com a participação de milhares de inscritos e teve como novidade a possibilidade do envolvimento de alunos da graduação, em trabalho conjunto com seus professores, com relação à elaboração de artigos e acompanhamento das apresentações nos grupos de trabalho, fato que incentiva e envolve os discentes na pesquisa, desde o início de seus estudos, contribuindo com a formação de novos pesquisadores.

Apesar de virtual, o Encontro do CONPEDI não perdeu seu brilho!

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realizou-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidas que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, bem como tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação, e, agora também, de graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos foram apresentados em cinco blocos de discussões, que contemplaram as seguintes temáticas:

1- A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A NOVA ROUPAGEM POLÍTICA FRENTE À ANÁLISE DAS DOAÇÕES ELEITORAIS PELO STF. Autores Alisson Alves Pinto, Fernando Lacerda Rocha e Mariel Rodrigues Pelet. O estudo discute a judicialização da

política a partir do julgamento da ADI 4650/DF que analisou a constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) e da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), com o tema central das doações de empresas para financiar campanhas políticas.

2- A PANDEMIA DA COVID-19 E O FUTURO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE LIÇÕES PARA O AMANHÃ. Autor Marcos Leite Garcia. O trabalho analisa as consequências da pandemia de 2020 e apresenta algumas reflexões para o futuro da sociedade contemporânea, leva em conta que a crise provocada pela Covid-19 é sanitária, econômica, política e humana e faz reflexões para o futuro no sentido de políticas sociais, ambientais, de defesa consumidor, tributária e internacionais.

3- A SOBERANIA DO ESTADO E O MUNDO GLOBALIZADO: A POSSÍVEL REDEFINIÇÃO DE CONCEITOS. Autores Vinicius Holanda Melo e Newton de Menezes Albuquerque. A pesquisa investiga a soberania estatal frente aos impactos trazidos pela era da informação aliado ao fenômeno da globalização, inicia com o conceito de soberania, tendo como premissa sua flexibilização enquanto poder absoluto e perpétuo, para posteriormente, compreender a globalização como espaço mundial dentro da unidade, o que leva a concluir que o processo de globalização conduz a crise nos fundamentos da soberania absoluta do Estado.

4- BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS PRINCÍPIOS EM MATÉRIA DE DIREITOS POLÍTICOS E ELEITORAIS. Autor Gabriel Vieira Terenzi. O trabalho trata à relação entre os ramos dos Direitos Políticos e do Direito Eleitoral. Assim, por meio da análise dos conceitos e características de cada feixe, pretende delimitar suas áreas convergentes, divergentes, e sua finalidade, mais especialmente debater a noção de serem as normas eleitorais tidas como instrumentos de efetivação dos direitos políticos e, em última análise, da soberania popular, e, conclui pela utilidade instrumental da interpretação eleitoral como medida garantidora da soberania do povo e da democracia.

5- CENTRALISMO E INSTABILIDADE POLÍTICA NO BRASIL REPÚBLICA. Autores Heron José de Santana Gordilho e Heron José de Santana Gordilho Filho. A pesquisa analisa o sistema político brasileiro após a proclamação da República, demonstrando que a concentração de poderes tem contribuído com a instabilidade política e rupturas institucionais, e, demonstra que mesmo com a redemocratização e a Constituição de 1988, o Brasil continua sendo uma federação centrífuga que concentra grande parte do poder político na União e na Presidência da República, em detrimento dos Estados e municípios.

6- CONVENÇÕES PARTIDÁRIAS VIRTUAIS: INOVAÇÃO E DESAFIOS DIANTE DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. Autores Luiz Fernando Obladen Pujol, Fernando Gustavo Knoerr e Horácio Monteschio. A investigação objetiva perquirir a inovação e os desafios das convenções partidárias virtuais diante da pandemia de Coronavírus à luz do Princípio Democrático, levando em conta o princípio da legalidade e respeito à democracia interna nos partidos políticos, concluindo que deve-se atentar para requisitos de segurança e implementação, contudo a adoção de inovações em procedimentos decisórios deve ser adaptada para atender todas exigências e garantias necessárias à realização dos atos que o compõem.

7- DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA. Autoras Letícia Ribeiro e Beatriz Ribeiro. O trabalho diz respeito à relação entre a representação política e a democracia representativa moderna, traz conjecturas para o enfrentamento da crise de representatividade observada nos parlamentos modernos, considera a teoria política contemporânea acerca da concepção teórica da representação política, e, tem como marco teórico, as concepções desenvolvidas nas pesquisas de Hanna Finelchel Pitikin e Nadia Urbinati.

8- DEMOCRACIA, CONSERVADORISMO E EXTREMA-DIREITA NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DA ATUALIDADE. Autoras Riva Sobrado De Freitas e Daniela Zilio. A investigação analisa a crítica sobre o pensamento conservador e a extrema-direita do Brasil atual, averigua possíveis riscos à estabilidade democrática nacional e, conclui, que de fato, o pensamento conservador vem, na contemporaneidade, ganhando espaço, o que pode gerar justas preocupações precisamente pelo extremismo de alguns dos ideais dos seus defensores, sendo que a maior das preocupações deveria ser justamente com a defesa da democracia que, a despeito de atualmente estar passando por momentos delicados e de verdadeira crise, felizmente, ainda persiste.

9- DEMOCRACIA, PODER E PARADIGMA DA SIMPLICIDADE: UMA ANÁLISE AO MODELO REPRESENTATIVO. Autores Júlia Francieli Neves de Oliveira, Victória Faria Barbiero e Liton Lanes Pilau Sobrinho. O estudo traz à reflexão a possibilidade de compreensão da democracia a partir do paradigma desenvolvido por Edgar Morin, sob a ótica de David Sanchéz Rubio, utilizando de um método sistêmico, fazendo uma análise do modelo atual (representativo) e suas limitações do que realmente seria a democracia, condensada em técnicas e métodos para eleger a elite e mantê-la no poder, o que, por fim, elimina e reduz outras formas de democracia participativa ou direta.

10 - DO “STAY HOME” AO “LOCKDOWN” O IMPACTO DAS MEDIDAS DE DISTANCIAMENTO NO BRASIL E NO MUNDO. Autores Adriane Garcel e José Laurindo De Souza Netto. A análise tem por intuito compreender os efeitos das medidas de distanciamento social no Brasil e no mundo, desde o “stay home” até ao “lockdown”. Objetiva verificar o direito do Estado diante da limitação do direito de ir e vir, busca compreender os efeitos das medidas e a importância de que sejam atendidas, realizando um breve recorte quanto ao panorama atual, adentrando no cerne da problemática, qual seja, o direito de ir e vir diante a pandemia.

11- EMBARREIRANDO A DEMOCRACIA. Autores Carlos Marden Cabral Coutinho e Pedro Alexandre Menezes Barbosa. A pesquisa analisa até que ponto a figura da cláusula de barreira é compatível com o Estado Democrático de Direito Brasileiro, a parir da Lei n 9.096 /95 e do julgamento realizado pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade que questionavam essa imposição aos partidos políticos, levando em conta a Emenda Constitucional n 97/17.

12- FEDERALISMO NA ARGENTINA: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO. Autores Paulo Roberto Barbosa Ramos, Pedro Nilson Moreira Viana e David Elias Cardoso Camara. O estudo realiza uma análise dos aspectos históricos que estruturam os fundamentos do Federalismo enquanto princípio constitucional, bem como sua origem e desenvolvimento na Argentina e nos Estados Unidos da América, discute ainda os aspectos essenciais sobre a evolução do Federalismo na Argentina e sua constituição atual.

13- INSTITUCIONALISMO E PLURALISMO JURÍDICO NAS CONCEPÇÕES DE HAURIOU E GURVITCH. Autores Tarcísio Vilton Meneghetti e Josemar Sidinei Soares. A investigação explora as concepções institucionalistas e pluralistas do direito de Hauriou e Gurvitch. Hauriou, traz a concepção institucionalista do direito, na qual defende que o direito antes de ser norma é instituição, é concretização da ideia de uma obra movida por certa coletividade de pessoas.

14- O AGIR DO ESTADO CAPITALISTA CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE MARXISTA DO ESTADO. Autor Rodrigo Barbalho Desterro e Silva. O exame tem por foco o papel do Estado e a sua gênese, que se mostra necessário e em constante debate na busca de uma melhor compreensão acerca da sua essência e aparência no processo de desenvolvimento da sociedade. O estudo parte de um referencial teórico marxista, analisa teorias contratualistas, e, tem como objeto de referência a Teoria do Estado Capitalista Contemporâneo de Flávio Farias, em especial o estudo da sua natureza, do seu papel regulador e sua imbricação com o capital.

15- O ART. 14, § 9º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O MORALISMO E A MORALIDADE NA LEI DA FICHA LIMPA. Autores Rodrigo Brunieri Castilho e Leonardo Fernandes de Souza. O trabalho analisa a questão da aplicação da moralidade no Direito Eleitoral e as consequências da aplicação de uma moralidade exacerbada e sem critérios - o moralismo, fato que pode conduzir ao aviltamento da segurança jurídica e a intenção da Lei da Ficha Limpa.

16- O DEVER DE PRESTAR CONTAS: UMA VISÃO SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART 16-C DA LEI Nº 9.504/97 EM FACE DO ART. 70 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Autores Horácio Monteschio e Valeria Juliana Tortato Monteschio. A pesquisa analisa o artigo 70 da Constituição de 1988, que determina que a prestação de contas de recursos oriundos do erário deverá ser feita perante o Tribunal de Contas, e, de outro vértice, com a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), constituído por dotações orçamentárias da União serão feitas perante a Justiça Eleitoral, o que demonstra a inconstitucionalidade material, pois é dever dos Tribunais de Contas analisar os gastos públicos, o que leva a inconstitucionalidade do art. 16-C da Lei nº 9.504/97.

17 - O PARADOXO JUSPOSITIVISTA E JUSNATURALISTA NA NATUREZA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. Autores Fernando Rodrigues de Almeida e Dirceu Pereira Siqueira. O estudo, observa a genealogia e categorização normativa dos Direitos da Personalidade quanto a sua natureza paradoxal que pode ser observada tanto nos moldes do juspositivismo, em sua categoria formal normativa, quanto em sua essencialidade ao indivíduo, em um caráter jusnaturalista. A contradição pode apresentar problemas metodológicos de categorização da validade normativa destes direitos, e isso é analisado no trabalho a partir de uma hipótese de incompatibilidade jurídica.

18- O PÚBLICO E O PRIVADO NOS CARTÓRIOS. Autores Ricardo Santiago Teixeira e Patrícia Lima Bahia Farias Fernandes. A investigação analisa a burocracia cartorária e quanto esta é adequada ao mundo atual ou merece ajustes.

19 - O REGIME DO AUTOFINANCIAMENTO NAS CAMPANHAS ELEITORAIS BRASILEIRAS: LIMITES E CONTRADIÇÕES. Autores Denise Goulart Schlickmann e Orides Mezzaroba. O exame questiona o regramento que disciplina o autofinanciamento de campanhas eleitorais, os quais não possuem coerência e compatibilidade com os demais institutos que regulam o financiamento de campanhas eleitorais e a aplicação de recursos, apresenta a incompatibilidades com o regime jurídico do financiamento de campanhas por pessoas físicas, atribuindo-lhes maior importância do que ao próprio candidato no

financiamento de sua campanha, o que cria condições indesejáveis pelo sistema para a movimentação paralela de recursos.

20 - OS DIREITOS SOCIAIS E O ESTADO NO SÉCULO XXI: O NOVO ESTRUTURALISMO JURÍDICO E O PODER ECONÔMICO. Autores Daisy Rafaela da Silva e Luiz César Martins Loques. O trabalho busca interpretar o fenômeno econômico e jurídico do Estado, analisando qual é o Estado no século XXI. Denota que há uma simbiose entre o grande capital e o Estado, formando um fenômeno chamado de Capitalismo de Estado, o qual não tutela o interesse público em detrimento do privado.

21 - OS SILÊNCIOS QUE FALAM: UMA DEMOCRACIA FICTÍCIA E O CERCEAMENTO À REPRESENTATIVIDADE FEMININA. Autores Brunna Rabelo Santiago, Vitória Sumaya Yoshizawa Tauil e Fernando De Brito Alves. A pesquisa debruça-se sobre o questionamento se "Existe democracia para as mulheres no Brasil?". O objetivo é demonstrar o conceito sociojurídico de democracia, para compreender à inefetividade dos direitos femininos: da diminuta representatividade política ao "silenciar das vozes".

22 - REFLEXÕES HABERMASIANAS NA PANDEMIA. Autora Judith Aparecida de Souza Bedê. O pensamento questionou, em meio a pandemia da Covid-19, a organização da sociedade contemporânea, o domínio por meio da linguagem, os discursos antidemocráticos e de ódio, o uso das tecnologias e o papel do Direito neste contexto desconhecido da humanidade nos últimos quinhentos anos, tendo por parâmetro os ensinamentos de Habermas.

23 - REPERCUSSÕES DA PANDEMIA NA CRISE DE REPRESENTATIVIDADE GERADA PELO MODELO PARTIDÁRIO DE CARTEL. Autores Patrícia Gasparro Sevilha Greco, Clodomiro José Bannwart Júnior e Nathaly Giunta Borges. O estudo parte da hipótese que os modelos de atuação partidária variam de acordo com o momento histórico. Considera que o atual é de cartel, fato que coloca as agremiações mais como agentes do interesse do Estado do que representantes do interesse do povo. Isso se deve, especialmente, porque a principal fonte do financiamento de suas atividades é pública, e, reputa que a pandemia apenas deixou mais visível este cenário de crise, evidenciando a falta de articulação entre os representantes.

24 - SOCIABIIDADE HUMANA E PLURALISMO JURÍDICO EM SANTI ROMANO. Autores Tarcísio Vilton Meneghetti e Sabrina Leite Reiser. O exame explora o tema da relação entre sociabilidade humana e pluralismo jurídico, na perspectiva de Santi Romano e sua concepção institucionalista do direito e tem por objetivo estabelecer uma conexão entre a natureza social do homem e o pluralismo jurídico na perspectiva do autor.

25 - UMA CRÍTICA DO CONSTITUCIONALISMO PELAS PERSPECTIVAS DA SOBERANIA, DA BIOPOLÍTICA E DO PROGRESSO. Autores José Mauro Garboza Junior e Lucas Bertolucci Barbosa de Lima. A investigação tem como escopo abordar o constitucionalismo a partir de três pontos de vista diferentes: o da soberania, o da biopolítica e o do capitalismo. A exposição destes aspectos busca demonstrar as contradições contidas na ideia de progresso que o constitucionalismo é contemporâneo, face às recentes transformações da política e da economia, e, que sua historicidade está conectada a estes campos.

Como se vê, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes das questões que envolvem a democracia, os direitos políticos e a filosofia do Estado, assuntos que nos dias atuais tomaram vulto, não só em razão da beligerância política experimentada pelo país, mas também, pelo agravamento da área da saúde e da economia, motivado pela pandemia que assola o mundo.

Por fim, esperamos que a presente obra seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa da democracia, dos direitos políticos e da filosofia do Estado, porque, afinal, é a política e o direito, orientados por suas filosofias, que darão conta de regular as relações sociais e equilibrar as disparidades.

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres

Universidade Metodista de Piracicaba/SP

Prof. Dr. Horácio Monteschio

Universidade Paranaense

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias da Democracia, Direitos Políticas e Filosofia do Estado apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INSTITUCIONALISMO E PLURALISMO JURÍDICO NAS CONCEPÇÕES DE HAURIOU E GURVITCH

INSTITUTIONALISM AND LEGAL PLURALISM IN THE CONCEPTIONS OF HAURIOU AND GURVITCH

Tarcísio Vilton Meneghetti
Josemar Sidinei Soares

Resumo

Esta pesquisa explora as concepções institucionalistas e pluralistas do direito de Hauriou e Gurvitch. Hauriou traz a concepção institucionalista do direito, na qual defende que o direito antes de ser norma é instituição, é concretização da ideia de uma obra movida por certa coletividade de pessoas. Gurvitch, por outro lado, insere o elemento do direito espontâneo como força que cria e movimenta o direito oficial, incluindo aquele escrito. O problema de pesquisa é: podem as concepções de Hauriou e Gurvitch contribuir para o entendimento do pluralismo jurídico? O método utilizado é o dedutivo, através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Institucionalismo, Pluralismo jurídico, Direito espontâneo, Direito social, Instituição

Abstract/Resumen/Résumé

This research explores the institutionalist and pluralist conceptions of the law of Hauriou and Gurvitch. Hauriou brings the institutionalist conception of law, in which he defends that law before being a norm is an institution, it is the concretization of the idea of a work moved by a certain collective of people. Gurvitch, on the other hand, inserts the element of spontaneous law as a force that creates and moves official law, including that written. The research problem is: can Hauriou and Gurvitch's conceptions contribute to the understanding of legal pluralism? The method used is the deductive, through bibliographic research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Institutionalism, Legal pluralism, Spontaneous right, Social law, Institution

INTRODUÇÃO

Este artigo se insere na discussão sobre pluralismo jurídico, sendo este no sentido de abordagem que entende ser o direito um fenômeno muito mais vasto e diversificado do que apenas o direito estatal, incluindo aqui a sua relação com outros Estados na perspectiva do direito internacional.

É certo que a expressão 'pluralismo jurídico' não possui significado único, tendo sua acepção dependendo do autor utilizado. Por aqui se utiliza o pluralismo jurídico em uma noção mais elástica, como aquela que entende o fenômeno jurídico em sua variedade, aceitando como jurídicas várias organizações sociais distintas do Estado.

Como lembra Santi Romano (2005), a redução do direito ao Estado não é um dado realista nem na perspectiva da história do direito nem da observação contemporânea dos fatos. A história do direito ensina que o Estado enquanto instituição é um produto da transição do medievo para a modernidade, ou seja, em todos os períodos anteriores o ser humano se organizou sem precisar da estrutura estatal. Além disso, a observação cotidiana da realidade demonstra como existem inúmeros fenômenos que regulamentam relações entre pessoas e grupos para além da órbita estatal. Aqui se pode citar tanto o direito de comunidades periféricas, como aquelas analisadas por Santos (2013, 2014), como realidades transnacionais, consistindo em acordos e contratos privados entre organizações de atuação transnacional, entre tantos outros exemplos que poderiam ser trazidos.[1]

No entanto, aceitar que o fenômeno jurídico não pode ser reduzido ao Estado não equivale a saber definir o que é o direito. Afinal, se por um lado o pluralismo jurídico consegue resolver o problema de alargar o conceito de direito para além do Estado por outro cria novo problema para si: afinal, até onde vai o limite do fenômeno jurídico? Como distinguir o direito de outros fenômenos que também, de certa forma, organizam a vida em sociedade, tais como a moralidade, a religião, a economia, etc? Se por um lado não apenas a regulamentação criada pelo Estado pode ser entendida como jurídica por outro tampouco se pode dizer que qualquer organização possa ser entendida como jurídica.

[1] Para aprofundamentos sobre pluralismo jurídico em espaços transnacionais ver Teubner (1997, 2010, 2012), Tamanaha (2007), Locchi (2014), Fontanelli (2011).

Este artigo busca contribuir com esta problemática, oferecendo abordagens dos autores franceses Maurice Hauriou e Georges Gurvitch, de matriz institucionalista.

O institucionalismo é a concepção jurídica que entende o direito como instituição, e não apenas como norma jurídica. O direito, desse modo, estuda a instituição, a forma como ela se estabelece e regulamenta a si mesma em seu interior (membros participantes) e com o exterior (outras instituições). A norma jurídica isolada, nesse aspecto, seria uma manifestação da instituição, e não a essência do direito em si mesmo.

É certo que a acepção 'institucionalismo' tampouco é unívoca, pois se há o institucionalismo de Hauriou, há também aquele de Santi Romano e, inclusive, de autores contemporâneos. Neste artigo apresenta-se institucionalismo na acepção de Hauriou.

Não se espera, com este trabalho, esgotar o tema, responder completamente a indagação sobre a essência do fenômeno jurídico, mas oferecer subsídios a mais para continuação desta pesquisa.

Nesse sentido, o problema de pesquisa é: podem as concepções institucionalistas de Hauriou e Gurvitch contribuir para o entendimento do pluralismo jurídico?

Na primeira parte apresenta-se a concepção de direito em Hauriou, e depois traz-se a contribuição de Gurvitch. As considerações finais sintetizam os argumentos e suas contribuições para o pluralismo jurídico.

O trabalho utiliza o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

1 O PLURALISMO JURÍDICO

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. Salienta Wolkmer (2013, p. 21):

> 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 escopo 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.

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, 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.[2] Os que atacam o monismo estatal de cima citam o comércio internacional, o meio ambiente, a proteção aos direitos humanos e o combato ao crime organizado como exemplos de matérias em que o Estado-Nação parece incapaz de conferir soluções eficazes. Já 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.[3]

---

[2] Para aprofundamentos ver Heller (1968).
[3] Para maiores aprofundamentos sobre pluralismo jurídico ver Soares e Meneghetti (2020).

É necessário salientar que o pluralismo jurídico é compatível com a ideia de supremacia da Constituição, pois reconhecer a diversidade de ordenamentos jurídicos 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 (2012, p. 23-24):

> [...] 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.

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

No próximo tópico adentra-se o argumento do institucionalismo em sua perspectiva francesa, a partir das concepções de Hauriou. Este estudo pode contribuir no melhor entendimento do pluralismo jurídico.

2 O institucionalismo de Hauriou

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 sindicado, a corporação, foram criadas pelo movimento histórico ou existem apenas a partir do momento que regras jurídicas estabelecidas criam-nas.

Para Hauriou (2009, p. 19) 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.

Nesta citação, que delineia 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” (HAURIOU, 2009, p. 11).

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.

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 presente estudo) são "o poder organizado das 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" (HAURIOU, 2009, p. 19-20).

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 (2003), 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" (HAURIOU, 2009, p. 20). 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 (2009, p. 20) 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 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.

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 delimitada nos cânones positivistas, 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" (HAURIOU, 2009, p. 21).

Tais elementos seriam de consenso doutrinário, mas Hauriou (2009, p. 21) acrescenta que na sua teoria um quarto elemento deve ser agregado, 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".

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. (HAURIOU, 2009, p. 23)

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 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. (HAURIOU, 2009, p. 30).

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" (HAURIOU, 2009, p. 30).

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'. Também as assembleias gerais realizadas nas sociedades anônimas seriam decorrência deste elemento. (HAURIOU, 2009, p. 30).

No entanto, a manifestação de comunhão parece ser uma proposta necessária para introduzir o quarto elemento, que é apresenta por Hauriou (2009, p. 30) como 'fenômeno da incorporação, que leva ao da personificação'.

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. (HAURIOU, 2009, p. 30-31)

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. (HAURIOU, 2009, 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. (ROMANO, 2005, p. 82).

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.

O institucionalismo francês veria em Georges Gurvitch novos desdobramentos de sua concepção.

2 O institucionalismo de Gurvitch

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 aborígene 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.[4]

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

[4] 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. Ver Jaeger (2005).

hierarquizados e centralizados. (GURVITCH, 2014, p. 247).

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 ilustrativa, pois a norma jurídica foi alterada a partir das pressões oriundas da socialidade espontânea. De certa forma a socialidade 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 contrampõem 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. (GURVITCH, 2014, p. 250)

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.

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. (GURVITCH, 2014, p. 257).

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. (GURVITCH, 2014, p. 257-258)

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 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações trazidas a partir dos argumentos de Hauriou e Gurvich oferecem contribuições importantes para melhor compreensão tanto da abordagem pluralista do direito como do pensamento jurídico como um todo.

Tal como apresentado na introdução a redução do direito ao Estado não se sustenta nem na perspectiva histórica nem a partir da visão cotidiana da realidade, vez que há inúmeros casos de corpos sociais sendo organizados por regras não emanadas de um Estado centralizado. Assim se dá tanto em sociedades tradicionais como em comunidades periféricas, e inclusive no chamado direito transnacional, muito originado de acordos e contratos privados que não passam pela órbita estatal.

O institucionalismo está conectado à ideia de pluralismo jurídico, pois parte da acepção de que o direito escrito, altamento organizado e complexo, como é aquele típico das sociedades ocidentais modernas, é antes manifestação posterior e refinada de componentes sociais anteriores. Esta percepção pode ser encontrada tanto na abordagem de Hauriou como naquela de Gurvitch.

Hauriou traz as características que compõem o conceito de instituição, sobretudo

a chamada instituição-pessoa. Dentre todas é fundamental a primeira, que consiste na ideia de obra a se realizar. Toda instituição nasce da associação de pessoas com um objetivo comum, uma obra a realizar, seja ela a perpetuação de valores, a defesa de uma ideologia ou interesses específicos, ou a organização de uma vida comunitária. A ideia da obra a realizar lança a direção que depois determinará também como serão as regras de condutas e inclusive o poder gerencial naquela instituição. As regras, incluindo aquelas positivadas, são consequências da ideia a realizar, são mecanismos que tentam garantir a realização da ideia diretriz, mais do que a essência em si mesma do direito. As regras específicas, neste caso, surgem mais como mecanismos para realizar o direito do que o direito em si mesmo.

A abordagem de Gurvitch complementa este entendimento com a distinção entre direito social e aquele que regulamenta as relações entre indivíduos. O direito social, que parte da percepção de 'Nós', mais do que 'eu-tu', é prioritário, e está na base também do direito interindividual, porque mesmo um direito que regulamenta questões interindividuais, como aquele civil das sociedades modernas ocidentais, carrega embaixo a noção de um direito social, de um 'Nós', porque aqueles comerciantes, aqueles agentes privados, concordam que participam todos de uma mesma sociedade, de um mesmo 'Nós'.

Ou seja, antes das regras há um direito espontâneo, muitas vezes invisível, mas forte o suficiente para criar, impactar, modificar e até mesmo excluir direitos conscientes e altamente organizados. Quanto mais formalizado e codificado um direito, mais próximo da lógica dos efeitos ele está, em detrimento da lógica das causas. O direito espontâneo continua agindo ininterruptamente, podendo vir a alterar as regras consolidadas de tempos em tempos.

Com isto se deduz que as regras são efeitos da organização social, do direito, são partes do direito, mas uma regra específica não esgota o fenômeno jurídico. O direito posto pode ser entendido, nesse caso, como manifestação da instituição, do corpo social.

O fato do direito espontâneo surgir a partir das conexões entre os indivíduos reforça a tese de que ele não pode se exaurir em determinado formato, podendo se adaptar a formas infinitas, tendo em vista as necessidades circunstanciais de cada corpo social. O direito é instrumento para realização de obras de determinados grupos, e estas

obras podem ser múltiplas, porque o ser humano é capaz de estabelecer diferentes tipos de relações com seus semelhantes. Sendo assim, dependendo das conexões e seus tipos haverá diferentes tipos de instituições, diferentes tipos de direito.

Com isto se desmonstra a conexão entre institucionalismo, nas abordagens de Gurvitch e Hauriou, com o pluralismo jurídico. Este estudo pode ser aprofundado em novos trabalhos, reforçando a conexão com a abordagem pluralista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DURKHEIM, Émile. **Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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.

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

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

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou,1968.

HESPANHA, António. **Pluralismo Jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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.

LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

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

SOARES, Josemar; MENEGHETTI, Tarcísio. Reconhecimento, Pluralismo Jurídico e Transnacionalidade. In: Patricia Grazziotin Noschang; Rafael Padilha dos Santos; Rosario Espinosa Calabuig. (Org.). **Direito Internacional**. 1ed.Florianópolis: Conpedi, 2020, v. 1, p. 91-109.

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.

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.

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