

TEORIA DA JURISDIÇÃO
INTERNACIONAL

AUTORIA

RAIMUNDO ITAMAR LEMOS FERNANDES JÚNIOR



TEORIA DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

2023



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Maio, 2023

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: RLUX
Projeto de capa: DANILO REBELLO
Impressão: EDIÇÕES LOYOLA

Versão impressa — LTr 6378.1 — ISBN 978-65-5883-194-5
Versão digital — LTr 9883.3 — ISBN 978-65-5883-195-2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Fernandes Júnior, Raimundo Itamar Lemos
Teoria da jurisdição internacional [livro eletrônico] / Raimundo Itamar Lemos Fernandes
Júnior. — São Paulo : LTr, 2023.
PDF

Bibliografia.
ISBN 978-65-5883-195-2

1. Direito internacional — Jurisdição 2. Jurisdição (Direito internacional) 3. Relações
internacionais I. Título.

23-135139

CDD-341

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito internacional 341

Inajara Pires de Souza — Bibliotecária — CRB PR-001652/O

A Itamar Filho, Maria, Ana e Davi, meus filhos: dádivas de Deus.

Agradecimentos

Durante o período em que escrevi este trabalho, grande parte dele estive em Portugal, sozinho, sem a família. Indubitavelmente, na solidão por muito tempo, contei com o auxílio de Deus, através de Jesus Cristo, a quem agradeço, em primeiro lugar, por toda a inspiração, força e proteção para chegar até aqui.

Minha gratidão à Scarlett, minha mulher, pelo amor e estímulo inquebrantáveis, pela sua voz motivadora, que me levou a ultrapassar obstáculos intransponíveis. Aos meus pais, Itamar, paraense que mora no Piauí, e Maria (*in memoriam*), registro o meu preito de gratidão pelo investimento, em todas as esferas da minha vida, sem o qual não concluiria esta obra. A Evaldo e Maria, que de Teresina-PI prestaram-me auxílio imprescindível, em horas decisivas nesse percurso. Eles são especiais.

Ao Prof. Dr. Georgenor de Sousa Franco Filho, meu orientador de Mestrado, meu mentor no magistério, nas letras jurídicas e na magistratura, a quem devo, precipuamente, a publicação deste trabalho. Meu reconhecimento. Os agradecimentos são extensivos à Dra. Beatriz Casemiro Costa, Diretora da LTr, pela confiança depositada.

Sou grato ao Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos, pelas muitas horas dedicadas à minha orientação para escrever a tese de Doutorado que é a base deste livro. Por intermédio dos diálogos mantidos, pude pensar este trabalho, escrevê-lo linha por linha e chegar às conclusões alcançadas. Minha gratidão, assim, ao muito estimado Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos, pelos ensinamentos, paciência, dedicação ao ministério docente e pela densa obra no cuidado de gerações de juristas, que continua, em favor do desenvolvimento da doutrina internacional publicista e internacional privatista. Meu especial agradecimento aos Professores Doutores da Universidade de Coimbra, em particular: Jónatas Machado, Pedro Gonçalves, Francisco António Ferreira de Almeida, Rui Marcos, Jorge Manuel Coutinho de Abreu e Santos Justo, pelas aulas para o aperfeiçoamento teórico do autor. Sou muito grato à colega de Doutorado, Profa. Natália de Almeida Moreno, por importantes colaborações durante o curso. Nas pessoas desses Professores, quanto ao presente livro, registro: “*ad Conimbrigensem Universitatem studiorum lusitanorum gentium matrem offertum*”.

Agradeço aos Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, com sede em Belém-PA, pelo espírito público e incentivo à formação de magistrados. Aos Professores Doutores da Universidade Federal do Pará, José Heder Benatti e Jane Felipe Beltrão, pelo apoio no alcance de fontes bibliográficas fundamentais.

Principais abreviaturas

AUE	Ato Único Europeu
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CAN	Comunidade Andina de Nações
CDM	Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EFTA	Associação Europeia de Livre Comércio
ICSID	Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimento
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OECD	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio
SDN	Sociedade das Nações
STF	Supremo Tribunal Federal
TCE	Tratado que institui a Comunidade Europeia
TCEE	Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TIDM	Tribunal Internacional do Direito do Mar
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPR	Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul
TPJI	Tribunal Permanente de Justiça Internacional
TUE	Tratado da União Europeia
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
UE	União Europeia

Sumário

PRINCIPAIS ABREVIATURAS	9
PREFÁCIO	15
APRESENTAÇÃO	19
INTRODUÇÃO	23
CAPÍTULO 1 — A jurisdição nas fórmulas jurídico-políticas anteriores ao Estado	39
1.1. As sociedades primitivas e a função de julgar	39
1.2. Os mesopotâmicos e as várias justiças	47
1.3. Os egípcios — unidade e duplo grau de jurisdição	55
1.4. Os hebreus — a unidade nacional pela jurisdição	58
1.5. Os gregos — a jurisdição laica	61
1.6. Os romanos — a justiça oficial	69
1.7. A herança da Antiguidade quanto à jurisdição	74
1.8. A Idade Média e a jurisdição	77
1.8.1. <i>Gens</i> e famílias nucleares	77
1.8.2. Laços de dependência.....	79
1.8.3. Feudalização e centralização	81
1.8.4. As Casas	83
1.8.5. A organização judiciária	87
1.8.6. A dominação tradicional	91
1.8.7. O legado do feudalismo	92
CAPÍTULO 2 — A jurisdição e sua importância para a formação do Estado, para a sua Constituição e para a regulação da economia	96
2.1. O desenvolvimento jurídico-político a partir da jurisdição e o surgimento do Estado	96
2.2. A formação do Estado Nacional	97
2.2.1. Início do escorço	97
2.2.2. O entrelaçamento dos estamentos e o evolver político.....	98
2.2.3. A importância do Direito Romano, Eclesiástico e escrito nessa formação	103
2.2.4. A participação das cidades nesse amálgama	107
2.2.5. A progressiva racionalização do poder	109
2.2.6. A importância do monopólio da coação física pelo centro de poder.....	121
2.2.7. A evolução do exercício da função legislativa na Baixa Idade Média até a modernidade	123
2.3. A importância da jurisdição para a formação do Estado Nacional.....	125
2.3.1. A afirmação do soberano pela jurisdição e jurisdição <i>versus</i> legislação no final do antigo regime francês	125

2.3.2. A jurisdição e o Estado Nacional português e sua importância para o futuro Estado brasileiro.....	127
2.3.3. O caminho à unidade.....	130
2.3.4. A jurisdição e o Estado Nacional.....	132
2.3.5. O Estado Nacional europeu.....	137
2.3.6. O sentimento nacional e o Estado.....	138
2.3.7. O momento do surgimento do Estado Nacional.....	139
2.3.8. O Estado Nacional estamental.....	140
2.3.9. O Estado Nacional absolutista.....	140
2.3.10. A evolução do poder político inglês.....	141
2.4. A jurisdição e sua importância para a formação do Estado Constitucional.....	145
2.4.1. O caminho para o Estado Constitucional.....	145
2.4.2. John Locke e o ideário do Estado Constitucional.....	146
2.4.3. Montesquieu e a assunção do Estado Constitucional.....	150
2.4.4. Estado Constitucional — Estado da separação dos poderes.....	153
2.4.5. A independência da jurisdição.....	158
2.4.6. A importância da jurisdição para a formação do Estado Constitucional.....	161
2.4.7. A jurisdição constitucional e a consolidação do Estado Constitucional.....	163
2.5. O Estado regulador — formação histórica e importância atual.....	167
2.5.1. A separação dos poderes e a regulação.....	175
2.5.2. Estado Regulador e jurisdição.....	183
CAPÍTULO 3 — O papel da jurisdição na estruturação da Sociedade Internacional.....	191
3.1. Jurisdição, relações internacionais, cooperação e Direito Internacional.....	191
3.2. A jurisdição nos primórdios das relações internacionais.....	192
3.3. A jurisdição internacional na Antiguidade clássica grega.....	195
3.4. Aspectos da jurisdição internacional na Antiguidade romana.....	197
3.5. A <i>Respublica Christiana</i>	199
3.6. A lenta aproximação entre os povos, por meio do incipiente sistema de relações comerciais e das relações internacionais.....	203
3.7. A Paz de Vestfália, as ideias internacionalistas, os tribunais do mar e a intensificação das relações entre as nações para solucionar litígios individuais.....	205
3.8. O princípio do equilíbrio e da igualdade.....	208
3.9. O Concerto Europeu.....	209
3.10. Do tratado de Versalhes ao término da II Grande Guerra e o Tribunal Permanente de Justiça Internacional.....	213
3.11. Acesso à jurisdição por estrangeiros, jurisdição consular e atos judiciais concertados relacionados a interesses privados praticados por Estados distintos que favoreceram à evolução da sociedade internacional.....	217
3.12. A Organização das Nações Unidas e o Tribunal Internacional de Justiça.....	221
3.13. O princípio da cooperação judiciária.....	223
3.14. A cooperação judiciária — modalidades.....	225
3.15. A cooperação judiciária horizontal e transjudicial e a jurisdição internacional.....	227
3.16. A cooperação judiciária na União Europeia.....	229
3.17. Cooperação e integração.....	233

CAPÍTULO 4 — A jurisdição em domínios específicos da estruturação da sociedade internacional.....	236
4.1. A importância da jurisdição internacional para o surgimento e proteção de direitos	236
4.2. A liberdade dos mercadores, a <i>Lex Mercatoria</i> e a jurisdição no âmbito do comércio internacional entre privados.....	237
4.3. A jurisdição no comércio internacional na resolução de conflitos entre Estados no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC	245
4.4. A liberdade nos mares e o Tribunal Internacional do Direito do Mar.....	248
4.5. A liberdade de trabalho e a Organização Internacional do Trabalho — OIT.....	253
4.6. Os direitos individuais — a ONU, o Tribunal Penal Internacional e os Tribunais europeu e americano dos direitos humanos.....	264
4.7. O direito ambiental e a jurisdição internacional.....	274
4.8. O Estado Regulador Internacional e a jurisdição	278
4.8.1. A jurisdição na regulação internacional privada.....	280
4.9. A jurisdição e sua importância para o livre-comércio, para formação e proteção dos direitos individuais, sociais e do meio ambiente, e para a regulação no plano internacional.....	287
CAPÍTULO 5 — A importância da jurisdição para a formação das estruturas supranacionais de poder	291
5.1. A integração regional.....	291
5.2. A União Europeia.....	292
5.2.1. Os primeiros passos rumo à integração — a CECA	292
5.2.2. A Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica	294
5.2.3. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias	296
5.2.4. A União Europeia e o Tribunal de Justiça	299
5.2.5. O papel dos tribunais nacionais na jurisdição da União Europeia	305
5.2.6. O acesso dos particulares à justiça para a aplicação do Direito da União Europeia.....	307
5.2.7. A jurisdição e a integração na União Europeia.....	310
5.3. A América	311
5.3.1. O Mercosul	313
5.3.1.1. A jurisdição no Mercosul — o Tribunal Permanente de Revisão.....	315
5.3.2. A Comunidade Andina.....	319
5.3.2.1. O Tribunal de Justiça da Comunidade Andina.....	320
5.3.3. O Sistema de Integração Centro-Americana — SICA.....	321
5.3.3.1. A Corte Centro-Americana de Justiça	322
5.3.4. A Comunidade do Caribe.....	323
5.3.4.1. O Tribunal de Justiça do Caribe.....	324
5.3.5. O T-MEC — Tratado México, Estados Unidos e Canadá	325
5.3.5.1. Os mecanismos de solução de controvérsias na América do Norte.....	327
5.4. A integração regional e a jurisdição.....	329
CAPÍTULO 6 — A jurisdição e a unidade jurídico-política internacional.....	333
6.1. A formação da jurisdição no plano internacional e suas perspectivas	333
6.2. A jurisdição internacional e a formação do sistema jurídico-político global: alguns de seus contributos fundamentais.....	333

6.3. Espaços, setores e matérias em que está a se formar a jurisdição internacional.....	340
6.3.1. A formação da jurisdição internacional no comércio privado transnacional	340
6.3.2. A formação da jurisdição internacional por meio da cooperação judiciária.....	341
6.3.3. A formação supranacional da jurisdição	341
6.3.4. A formação da jurisdição internacional por meio da ONU; ou em determinados setores ou matérias em Direito Internacional Público, por meio de tratados multilaterais, com pers- pectiva de jurisdição global.....	344
6.3.5. A formação da jurisdição internacional na regulação privada e pública de determinadas atividades	345
6.4. A tentativa de unidade por meio da ordem jurídica	346
6.5. A unidade do ordenamento jurídico em uma visão plural	353
6.6. A visão funcionalista.....	357
6.7. A visão de Luhmann do Direito Internacional	364
6.8. A visão de TEUBNER: Direito Global	368
6.9. <i>Soft law</i> e <i>hard law</i>	373
6.10. A unidade em rede.....	384
6.11. A unidade do poder em rede pela jurisdição	390
CONCLUSÃO	397
JURISPRUDÊNCIA CITADA	401
BIBLIOGRAFIA	403

Prefácio

A magistratura é um sacerdócio ao qual poucos conseguem se dedicar com tanto afincio e boa vontade, porque exige demais do ser humano no seu mister de tentar minimamente distribuir justiça. Do outro lado, o pesquisador deve desdobrar-se no sentido de descobrir novos rumos do estudo e descortinar novos horizontes para o conhecimento. As pessoas que se dedicam a essas duas atividades são verdadeiramente abençoadas.

Conheço o jovem e brilhante juiz e jurista brasileiro RAIMUNDO ITAMAR LEMOS FERNANDES JÚNIOR desde quando veio para o Pará, aprovado em 1º lugar em concurso público para ingresso na magistratura trabalhista de carreira, no ano 1994. Acompanho desde então sua trajetória de sucessos sucessivos. Encontrei-o como presidente da então única Vara do Trabalho de Marabá e constatei a correção de sua atividade no desempenho da judicatura. Removido para Belém, a pedido, veio presidir a 4ª Vara do Trabalho de Belém, que no passado eu também havia presidido. Sua caminhada alcançou o ápice com sua promoção, por merecimento, em 2021, para Desembargador do E. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, onde somos pares, com ele sempre se destacando pelos votos sensatos e as considerações juridicamente adequadas.

Fora a magistratura, dedica-se à pesquisa, tendo sido meu orientando no Mestrado na Universidade da Amazônia (UNAMA), quando obteve o grau de Mestre das Relações Sociais, com excelente defesa da dissertação *O direito processual do trabalho à luz do princípio constitucional da razoável duração*, posteriormente publicado, em 2008, pela sempre conceituada LTr Editora de São Paulo.

Agora, esta tese doutoral, intitulada TEORIA DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL, é trazida a público depois de sua brilhante defesa na secular Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, sob a orientação do Prof. Dr. Rui Manuel Gens de Moura Ramos, que deu o título de Doutor em Direito Público ao Dr. ITAMAR FERNANDES, que é, a um só tempo, um ser abençoado: magistrado de escol e pesquisador incansável.

Em apertada síntese, este é RAIMUNDO ITAMAR LEMOS FERNANDES JÚNIOR.

E esta obra? Esta *Teoria da Jurisdição Internacional* é, como referi linhas acima, sua tese doutoral, defendida em Coimbra, e apresenta ao longo de algumas centenas de páginas importantes reflexões sobre jurisdição, em todas as fases da história, de épocas remotas ao feudalismo, como demonstra no capítulo 1, tratando das sociedades primitivas, dos mesopotâmicos, egípcios, hebreus, gregos e romanos, para apontar a herança da Antiguidade quanto à jurisdição. Na Idade Média, a jurisdição é apreciada em vários matizes inclusive a feudalização e centralização, a organização judiciária, a dominação tradicional e o legado do feudalismo.

Em seguida, o capítulo 2 cuida da jurisdição e sua importância para a formação do Estado, para a sua Constituição e para a regulação da economia. Trata do desenvolvimento jurídico-político a partir da jurisdição e do surgimento do Estado. Começa pela formação do Estado Nacional, e discorre sobre o entrelaçamento dos estamentos e o envolver político, a importância do Direito Romano e escrito nessa formação, além da progressiva racionalização do poder, da importância do monopólio da coação física pelo centro de poder e da evolução do exercício da função legislativa na Baixa Idade Média até a modernidade. Indo além, comenta sobre o antigo regime francês e o Estado Nacional português e sua importância para o futuro Estado brasileiro. Tece exame sobre jurisdição e o Estado Nacional, inclusive o europeu, acerca do sentimento nacional e o momento do surgimento do Estado Nacional, tratando dos seus aspectos estamental e absolutista. Passa

para a jurisdição e sua importância para a formação do Estado Constitucional. É nesse item que examina o caminho para o Estado Constitucional, cuidando de John Locke e o ideário do Estado Constitucional e Montesquieu e a assunção do Estado Constitucional, com o Estado da separação dos poderes. Segue tratando da independência da jurisdição, da importância da jurisdição para a formação e consolidação do Estado Constitucional. Em seguida, aborda o Estado Regulador com a sua formação histórica e importância atual, analisando a separação dos poderes e a regulação e o Estado Regulador e a jurisdição.

Prossegue no capítulo 3 tratando do papel da jurisdição na estruturação da Sociedade Internacional. Em dezessete itens, o autor discorre sobre jurisdição, relações internacionais, cooperação e Direito Internacional. Examina a jurisdição internacional na Antiguidade clássica grega e da romana e a República Christiana. Assinala a lenta aproximação entre os povos, através do incipiente sistema de relações comerciais e das relações internacionais. Comenta a Paz de Vestfália, as ideias internacionalistas, os tribunais do mar e a intensificação das relações entre as nações para solucionar litígios individuais. Avança do Tratado de Versalhes ao término da II Grande Guerra e o Tribunal Permanente de Justiça Internacional (referindo à antiga Corte Permanente de Justiça Internacional da Sociedade das Nações). Cuida do delicado tema do acesso à jurisdição por estrangeiros, jurisdição consular e atos judiciais concertados relacionados a interesses privados praticados por Estados distintos que favoreceram à evolução da sociedade internacional. Chega à Organização das Nações Unidas (ONU) e ao Tribunal Internacional de Justiça (que é a Corte Internacional de Justiça da Haia). Examina o princípio da cooperação judiciária e suas modalidades, inclusive horizontal, transjudicial e internacional. Encerra este capítulo tratando de cooperação e integração.

O capítulo 4 desta excelente obra cuida da jurisdição em domínios específicos da estruturação da sociedade internacional. Importantes temas são abordados como: a relevância da jurisdição internacional para o surgimento e proteção de direitos, a liberdade dos mercadores, a Lex Mercatoria e a jurisdição no âmbito do comércio internacional entre privados, a jurisdição no comércio internacional na resolução de conflitos entre Estados no Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), a liberdade nos mares e o Tribunal Internacional do Direito do Mar, fruto de uma das mais importantes convenções internacionais do mundo moderno (a de Montego Bay de 1982), e a liberdade de trabalho e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujo papel sempre é expressivo para a garantia da dignidade do trabalhador. Comenta sobre direitos individuais, destacando o papel da ONU e os Tribunais europeu e americano dos direitos humanos, o direito ambiental e a jurisdição internacional. Em seguida, examina o Estado Regulador Internacional e a jurisdição, apreciando esse aspecto na regulação internacional privada e sua importância para o livre comércio, para formação e proteção dos direitos individuais, sociais e do meio ambiente, e para a regulação no plano internacional.

O capítulo 5 percorre a jurisdição inter-regional, chamando-o de *A importância da jurisdição para a formação das estruturas do poder*. Nesse capítulo, vale ressaltar o cuidado com que se examina a integração regional na União Europeia, desde os tempos iniciais da CEEA, CEE e EURATOM até chegar à supranacionalização obtida especialmente com o reconhecimento da Corte de Justiça da União, observando, nesse aspecto, também o acesso dos particulares à justiça para a aplicação do Direito comunitário.

No que se refere à América, a obra percorre o Mercosul, a Comunidade Andina de Justiça, o Sistema de Integração Centro-Americana — SICA, a Comunidade do Caribe e o Tratado entre México, Estados Unidos e Canadá, com os mecanismos e instrumentos de solução de controvérsias existentes.

A obra se encerra no capítulo 6, intitulado *A jurisdição e a unidade jurídico-política internacional*, quando seu autor cuida de temas de alta relevância para a matéria estudada ao longo de

sua tese, a saber: a formação da jurisdição no plano internacional e suas perspectivas, a jurisdição internacional e a formação do sistema jurídico-político global, os espaços, setores e matérias em que estão a se formar na jurisdição internacional, incluindo nesse tópico o comércio privado transnacional, a cooperação judiciária, a formação supranacional da jurisdição, a atuação da ONU e a regulação privada e pública de determinadas atividades.

Prossegue o autor examinando a tentativa de unidade através da ordem jurídica, a unidade do ordenamento jurídico em uma visão plural, a visão funcionalista, e também na perspectiva de Luhmann do Direito Internacional e na de Teubner do Direito Global. Após, percorre aspectos de *soft law* e *hard law*, a unidade em rede e do poder em rede pela jurisdição.

Precisa mais? Acredito que esta obra está completa e os brasileiros estão de parabéns por ter um compatriota como seu autor, oferecendo variadas perspectivas de exame da matéria, o que torna este livro um singular exemplo de pesquisa para a bibliografia luso-brasileira.

Congratulo-me com o Dr. ITAMAR FERNANDES JÚNIOR, que também se dedica ao magistério superior, onde transmite o brilho de sua inteligência e talento a seus muitos discípulos, e comigo mesmo pela honra de prefaciá-lo novamente mais uma obra formidável de sua lavra.

Parabéns à LTr Editora por dar ao público esta obra que vem ocupar lugar de destaque nas estantes dos estudiosos de nossa terra e para além-mar.

Belém, 11 de junho de 2022.

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região, Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor Honoris Causa e Professor Titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia, Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Membro da Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Membro da Academia Paraense de Letras, da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Apresentação

A obra de Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior que ora se oferece ao público brasileiro baseia-se na tese de doutoramento que o Autor defendeu em maio de 2020 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e da qual tive ocasião de ser orientador.

O seu objecto é constituído pelo relevo do exercício regular da actividade judicativa para a solução de controvérsias na sociedade internacional, nela incluídos os casos em que esse exercício não é levado a cabo por entidades integradas numa organização investida de poder público, mas por privados a quem é reconhecida tal capacidade (como ocorre na arbitragem). Ciente da importância que há-de ser reconhecida a esta função nas sociedades internas, o Autor procura determinar aquela que lhe cabe na complexa sociedade internacional dos nossos dias, levando para o efeito a cabo uma extensa indagação em que procura situar o aparecimento e a evolução da jurisdição na vida internacional, nas suas diversas formas. E, mais do que isso, tentando surpreender em que medida tal função se revela essencial para a construção dessa sociedade como realidade unitária, o que a seu ver confirmaria a importância por ela também assumida nos mais diversos contextos de agregação social.

É, na verdade, a relevância que o Autor reconhece ao momento jurisdicional que o leva a considerar, num primeiro capítulo, o lugar da jurisdição nas fórmulas jurídico-políticas anteriores ao Estado, das sociedades primitivas às diversas civilizações que foram marcando o evoluir da organização social, salientando a propósito o que de específico existiu nas formas pelas quais aquela se manifestou, na Mesopotâmia como no Egipto, no mundo hebraico como nas realidades colectivas mais aperfeiçoadas onde, posteriormente, quer a cultura grega quer a organização romana vieram a desenvolver-se. O trajecto a este respeito percorrido fá-lo sublinhar os aspectos particulares que esta função foi revestindo ao longo do tempo, permitindo-lhe atentar na sedimentação progressiva de algumas características importantes. O que ocorre ao longo de um percurso que termina com a consideração do papel e da estruturação da função jurisdicional na sociedade medieval em que a fragmentação do poder levou a que ela apresentasse características específicas.

Após esta abordagem em que o pendor histórico se manifesta muito claramente, o Autor trata num segundo capítulo a importância da jurisdição no quadro do Estado, o seu lugar na Constituição e, em particular, na regulação da economia. Analisa para o efeito o surgimento do que classifica como Estado Nacional, realçando os diversos elementos com relevância para o seu aparecimento, mas detendo-se em especial na jurisdição, que em diversos quadrantes reputa ter sido essencial para a afirmação da respectiva unidade. Dá depois especial relevo à afirmação da jurisdição no Estado Constitucional — que se identifica como um Estado de separação de poderes, analisando a doutrina, essencial a este respeito, de Locke e Montesquieu —, e salienta quer a necessidade da sua independência quer o seu papel na formação e consolidação desta forma de Estado. Finalmente, dedica ainda uma particular atenção ao Estado Regulador, procedendo à respectiva caracterização e sublinhando algumas das especificidades que a afirmação desta nova realidade política trouxe tanto no plano da separação dos poderes como no da efectivação da função jurisdicional.

Depois deste tratamento da jurisdição no quadro estadual, o Autor considera então o seu lugar na estruturação da sociedade internacional, dedicando-lhe o capítulo III da sua obra. Procede uma vez mais a uma análise histórica, atentando nas relações entre os diversos poderes cuja afirmação tem lugar no seio daquela sociedade, e detendo-se em particular nas características

apresentadas pela função jurisdicional ao longo do desenvolvimento da sociedade internacional. Salienta, a propósito, determinados aspectos do acesso dos particulares à jurisdição consular e a outras instâncias que se revestiram de alguma importância na sociedade internacional, para se referir em seguida à estruturação que a jurisdição assumiu ao ser exercida por instâncias dotadas de carácter permanente, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, e à importância alcançada pela cooperação das jurisdições nacionais, tanto em geral como no caso específico da União Europeia.

No capítulo IV o Autor aborda a importância da jurisdição em domínios específicos da estruturação da sociedade internacional, desde o seu lugar na garantia do estabelecimento do comércio jurídico entre privados (com a *lex mercatoria*) à resolução de conflitos no interior de organizações adrede criadas (como a Organização Mundial do Comércio) e à garantia de certas liberdades também através de órgãos jurisdicionais que assumiram essa função. Menciona a este propósito os casos do Tribunal Internacional do Direito do Mar (para a liberdade dos mares), das instâncias da Organização Internacional do Trabalho (para a liberdade de trabalhar), e dos tribunais regionais europeu e americano como de estruturas da ONU (para a protecção dos direitos humanos), aludindo ainda à protecção, também neste plano, do direito do ambiente. Enfim, dedica também algumas considerações à regulação internacional, salientando a importância da que é exercida por entidades privadas, e considerando também aqui as suas relações com a jurisdição.

Reconhecendo a especial relevância dos fenómenos de integração económica e política, o Autor trata depois, no capítulo V, a importância que a jurisdição assume na formação das estruturas supranacionais de poder. Insere este último fenómeno no quadro das experiências de integração regional, oferecendo-nos a propósito uma breve referência à União Europeia e sobretudo ao seu Tribunal de Justiça. Salienta o papel que lhe foi reservado e que ele viria a assumir naquela organização, sem esquecer no entanto o lugar sistemicamente aí reconhecido às jurisdições nacionais na aplicação do direito comunitário (e, depois, da União) e os problemas do acesso dos particulares às instâncias jurisdicionais criadas pelos tratados que instituíram estas organizações, para concluir com uma reflexão sobre a importância da jurisdição no processo de integração. E depois, no universo americano, ocupa-se do Mercosul e da evolução que o processo inicial de solução de controvérsias aí sofreu até à criação do actual Tribunal Permanente de Revisão, da Comunidade Andina, que cedo foi dotada de um Tribunal de Justiça segundo o modelo das Comunidades Europeias, e do Sistema de Integração Centro-Americano (SICA), em que avulta igualmente uma Corte Centro-Americana de Justiça, não esquecendo também, ainda que tratando-se agora apenas de um acordo de livre-comércio, de mencionar o sistema do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) e o *Dispute Settlement Resolution* nele estabelecido, para referir a importância que em todos estes casos a jurisdição teve nos processos de integração.

Com este desenvolvimento, o Autor chega como que naturalmente ao capítulo VI do seu trabalho, que dedica ao papel da jurisdição na criação do que designa como “unidade jurídico-política internacional”. De algum modo sistematizando reflexões anteriores, procura esboçar um quadro dos contributos da jurisdição para a formação de um sistema jurídico-político global, salientando os domínios em que a jurisdição internacional se tem vindo a afirmar (comércio internacional e cooperação judiciária), e referindo ainda quer as experiências de supranacionalidade, quer os exemplos mais típicos de criação de jurisdições universais com competências gerais ou específicas, quer os casos de regulação de certas actividades. Na perspectiva da construção da referida unidade, salienta que ela se pode tentar através da criação de uma ordem jurídica, recordando a matriz kelseniana, mas refere também que aquela é susceptível de uma concepção plural, na esteira de Bobbio, entre outros, para dar um especial destaque à construção funcionalista de Luhmann e à sua visão do Direito Internacional, bem como à concepção de um Direito Global, cara a Teubner, que lhe dá ensejo para alguns desenvolvimentos sobre a noção e a importância da *soft law*. Enfim,

a influência dos contributos destes últimos autores leva-o a apontar para uma construção daquela unidade a partir de um sistema em que as diferentes jurisdições se encontrariam em rede, sem recorrer ao estabelecimento de relações hierárquicas, mas favorecendo as relações de mútua colaboração entre elas.

Dotada de um relevante conjunto de referências bibliográficas e jurisprudenciais assim como de um resumo das principais conclusões do presente trabalho, a obra dá conta da multiplicidade das preocupações do seu Autor, assim como da dimensão da indagação que a este respeito ele entendeu levar a cabo. É, pois, sob este prisma que cremos que deve ser analisada, num estádio em que a maturação da sociedade internacional torna algo prematura, no nosso entender, a formulação de uma teoria da jurisdição exercida no seu seio, a sua contribuição para uma melhor compreensão do relevo, esse sim inescapável, já assume, na actualidade, pela jurisdição internacional, como do papel que indubitavelmente lhe cabe na vertebração, que se antevê cada vez mais intensa, daquela sociedade.

Coimbra, junho de 2022.

RUI MANUEL MOURA RAMOS⁽¹⁾

(1) Professor Catedrático da Universidade de Coimbra (Portugal), em que tem regido disciplinas de Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público. Foi *directeur de cours* na Academia de Direito internacional da Haia (1984). Foi professor convidado na Universidade de Paris II (1994-1995) e no *Institut Universitaire International* no Luxemburgo (1999-2002). Foi delegado do Governo Português junto à Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) e ao Comitê sobre a Nacionalidade do Conselho da Europa. É membro do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT). Foi Juiz no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (1995-2003) e do Tribunal Constitucional Português (2003-2012), do qual foi presidente (2007-2012). Integra o *Board of Advisors* do *The Columbia Journal of European Law*, e é redator da Revista de Legislação e de Jurisprudência e membro do Conselho de Redação de Temas de Integração. (Nota acrescentada pelo autor do presente livro)

Introdução

A) Premissa terminológica

A jurisdição é essencial para a paz e o existir da sociedade e do Estado, que não se concebe sem ela. Em verdade, é fundamental para o desenvolvimento social e econômico e para o alcance dos seus objetivos sociais.⁽²⁾ Para transitar no estudo da jurisdição no período antes da existência do Estado Nacional ou mesmo onde o Estado não exerce o seu poder — e.g., no plano internacional, há que se ter um pouco do sentido original da expressão *jurisdictio*, que vem de *jus dicere*, a função de dizer o Direito, de declarar o Direito, em conjunto com outro aspecto da função de julgar, na sua origem, no Direito Romano, já que cabia a um juiz privado, o *iudex* (o juiz), em princípio não versado em Direito, emitir a *sententia*. A autoridade pública (*praetor*) afirmava qual era a lei (norma jurídica) aplicável à controvérsia, que era decidida pelo *iudex*. Praticamente, o magistrado apenas chancelava a atuação deste.⁽³⁾

E o que é jurisdição? CANOTILHO define a jurisdição (*jurisdictio, jus dicere*), como a atividade exercida pelos juízes, destinada “à revelação, extrinsecação e aplicação do direito num caso concreto”.⁽⁴⁾ Ao tratar do tema, MIRANDA conceitua a função jurisdicional como sendo aquela em que se efetua a declaração do direito; por meio da qual se alcança a decisão de questões jurídicas, seja em concreto, perante situações de vida, seja em abstrato, e que é, em princípio, atribuída a órgãos específicos, os tribunais, formados por juízes.⁽⁵⁾ Em uma síntese bem apertada, a função jurisdicional, para KELSEN, é a exercida por órgãos judiciais para decidir uma controvérsia.⁽⁶⁾

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, XXXV, preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A Constituição portuguesa, no Capítulo 1 do Título V, em seu art. 202º, n. 1, ao tratar da função jurisdicional, dispõe que “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” e, no mesmo artigo, n. 4, prescreve que a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicionais de conflitos.

No presente estudo, a expressão jurisdição significa a função de solucionar litígios em harmonia com uma certa ordem jurídica nacional, internacional, ou de Direito Regulador, seja por órgãos judiciais ou não, públicos ou privados, desde que reconhecida a juridicidade do seu exercício, no plano estatal, internacional etc. É, assim, a função de julgar, dada de forma regular, seja no Estado, na Sociedade Internacional, na regulação etc., para a resolução de uma controvérsia.

Assim, no termo jurisdição, que se utilizará nesse trabalho, serão incluídos os equivalentes jurisdicionais, que, embora não exercidos por autoridades judiciárias, i.e., por não ser integrantes do Poder Judiciário do Estado ou de órgão judiciário público internacional, conduzem, sob certas condições, ao mesmo resultado, a saber: à composição definitiva da lide.⁽⁷⁾

(2) Montesquieu fala da importância da jurisdição — dos juízes, em maior ou menor extensão —, o número deles (juízes), para o desenvolvimento do comércio. In: MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 169 e 348.

(3) Sobre isto, ver: SANTOS JUSTO, A. *Breviário de direito privado romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 139-140; e FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 35.

(4) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 645.

(5) MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 363.

(6) KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 267.

(7) CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, p. 78.

Nesse sentido, a temática dos meios de resolução de conflitos é relevantíssima para o Direito Internacional contemporâneo⁽⁸⁾, em especial porque tem como um de seus pilares o princípio da solução pacífica dos litígios, envolvendo sujeitos para além dos Estados. Para isso, existem mecanismos devidamente caracterizados juridicamente, tendo os Estados ou os envolvidos na disputa, em princípio, a liberdade de conformá-los,⁽⁹⁾ dependendo do espaço jurídico-político em que o conflito se desenvolva.

Sabe-se que os meios pacíficos de resolução de litígios internacionais são os mais variados, desde os autocompositivos, dentre eles os político-diplomáticos, até os heterocompositivos, como a arbitragem e os tribunais internacionais. No Direito Internacional, têm se desenvolvido, grandemente, os chamados meios judiciais de resolução de litígios, nada obstante o recurso a eles ainda seja incipiente,⁽¹⁰⁾ quando comparados os espaços nacionais e internacionais, já que naqueles os sistemas heterônomos são utilizados mais intensamente na solução dos litígios, recorrendo-se a órgãos judiciais como fórmula comum na resolução de controvérsias.

Ensina RAMOS: “com a crescente complexidade das relações comerciais internacionais, surgem organismos privados (normalmente associações de produtores ou de comerciantes)”, que constituem, então, certos órgãos para solucionar os litígios emergentes ou o simples desacordo na interpretação das normas que estabeleceram (*Lex Mercatoria*). Assim, a corporação internacional dos agentes do comércio internacional criava os próprios órgãos “de apreciação e julgamento cujas decisões eram em princípio geralmente acatadas. Na falta de tal cumprimento, a comunidade em questão, não dispondo embora de poderes de *imperium*, possuía meios de sancionar de modo efetivo os comportamentos que violavam as normas existentes”.⁽¹¹⁾

Em muitos Estados, no plano do Direito Nacional, hodiernamente, também se fala em meios não judiciais de soluções de controvérsias — métodos adequados ou alternativos de resolução de conflitos (MASC) ou ADR — *alternative means of dispute resolution*, o que pode ser tema bastante espinhoso, diante de princípios constitucionais tidos por alguns como inflexíveis, como o do monopólio da jurisdição pelo Judiciário. Nada obstante, o Direito de cada nação está a fazer um percurso também no sentido de adotar os métodos mais comuns de solução de controvérsias do Direito Internacional: os não judiciais, como a arbitragem, não sujeitos às barras dos órgãos judiciais de Direito Internacional Público, aos tribunais internacionais.

Com base nos compêndios de Teoria Geral do Estado, História do Direito, Direito Romano etc., sabe-se que, no início da humanidade e durante muito tempo, as controvérsias eram solucionadas pela autotutela (as denominadas criminais pela vingança privada); depois, passaram a ser dirimidas por árbitros; a seguir, compostas de um modo misto (pretor estatal que declarava o direito a ser aplicado ao final do processo e árbitro privado, que conduzia o processo e prolatava a sentença) e, por último, a ser analisadas por Juízes oficiais — de início, autoridades administrativas e, mais tarde, do Judiciário. Contudo, a jurisdição seria, para a quase unanimidade dos juristas, um fenômeno moderno, que só pode ser bem definida com o monopólio da função de julgar, então chamada como jurisdicional, pelo Estado, o que teria surgido com a assunção do Estado Nacional.

(8) A partir daqui, nesse tópico, segue-se bem de perto o nosso: FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. *Os meios pacíficos de resolução de litígios, o Tratado entre México, Estados Unidos e Canadá (T-MEC) e a Online Dispute Resolution (ODR)*. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa. *Direito internacional e comparado: trajetória e perspectivas*, v. II — Homenagem ao professor catedrático Rui Manuel Moura Ramos — Direito Constitucional, Direito da Nacionalidade, Direito Internacional Público e Direito Europeu. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 451-474.

(9) Arts. 2º, § 4º, e 33º da Carta da ONU e art. 279º da CDM. In: MACHADO, Jónatas. *Direito internacional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 669.

(10) Ob. cit., p. 678-9.

(11) RAMOS, Rui Manuel de Moura. *Direito internacional privado e Constituição* — introdução a uma análise das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 91.

A evolução sobredita não foi linear, passando por avanços e recuos. Assim, os hoje sucedâneos jurisdicionais, chamados métodos alternativos de solução de controvérsias, já foram, por muito tempo da história humana, as principais formas de solução de conflitos. Em verdade, as únicas, já que não havia Poder Judiciário. Nas sociedades em que as disputas eram solucionadas de modo racional, na Antiguidade Oriental, nas quais não eram adotados os duelos ou os ordálios, como em Israel, cada aldeia tinha os seus conselhos, em que a solução das controvérsias era alcançada, em geral, por acordo, nos quais as próprias partes, diretamente ou com a ajuda de terceiro, se entendiam. Os envolvidos e os anciãos tratavam o assunto na porta dos núcleos urbanos até esgotá-lo, surgendo-se a um convencimento mútuo na solução da lide.

Sem dúvida, essa representação significou um avanço na configuração da função de julgar, já que na visão anterior (e mesmo depois, na Idade Média) os julgamentos eram norteados por fatores místicos. Claro que o evoluir dessa fórmula, mesmo em Israel, terminou por desaguar em um modelo de submissão dos conflitos aos juízes, que eram árbitros (particulares; não oficiais) reconhecidos pela sociedade, os quais lançavam suas decisões em um processo em que partes e testemunhas eram ouvidas, sendo o litígio tratado à luz de um Direito superior, que estava acima de todos e era irrevogável, a Lei de Deus, prevista na Bíblia, sob o império da qual os líderes nacionais e os juízes estavam.⁽¹²⁾ Contudo, a possibilidade de submissão aos conselhos de anciãos e à tentativa de entendimento direto das partes estava sempre presente.

Para BRITO, “a heterocomposição tem sido entendida como o ponto de chegada de uma longa evolução dos sistemas compositivos, na exata medida em que com ela o poder compositivo foi retirado das mãos das partes para ser entregue a uma parte imparcial, que tem de agir com base numa ética da imparcialidade”. Em sua análise, “no quadro dessa evolução, a heterocomposição surge inicialmente como um sistema de composição privada”.⁽¹³⁾

Ao adotar-se o monopólio da jurisdição pelo Estado, contudo, tal estágio pareceu representar uma evolução no trato da função de julgar, que teria saído do âmbito privado e social para o

(12) A existência de uma lei superior ao governante, em Israel, nos tempos de Davi, leva a doutrina a considerar como sendo este momento importante, na proto-história dos direitos humanos, a apontar para o Estado de Direito, que seria conquistado com a Revolução Francesa. Sobre a proto-história dos direitos humanos, que começou “nos séculos XI e X a. C., quando se instituiu, sob Davi, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém”, COMPARATO afirma que, diferentemente de todos os reinos do passado e de sua época, o rei Davi estabeleceu, “pela primeira vez na história da humanidade”, um sistema político em que “os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se a princípios e normas editados por uma autoridade superior”. In: COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40. Vários autores acentuam a importância do Direito Judaico, em especial no tema da organização da função de julgar, como DOLINGER e TIBURCIO, mencionando autores que, no curso da história, destacaram este Direito, a saber: “Bartolus de Saxoferato, no século XIV; Grotius, no século XVII; Montesquieu e Blackstone, no século XVIII; Oliver Holmes, no século XIX, fazem várias referências ao direito judaico, mas ninguém se equipara a John Selden (1584-1654) que escreveu vasta obra sobre o direito judaico baseada em acurada pesquisa”. DOLINGER e TIBURCIO apontam outros autores que tratam do assunto, como Ernst Renan, Woodrow Wilson, Vinogradoff, Henry James Sumner Maine, Jean Gaudemet, Ebert Vianna Chamoun e Jorge Medeiros da Silva. Segundo os autores citados, mesmo que seja considerada a Justiça comum israelita como tendo sido fundada por Moisés, antes havia prática da arbitragem e da conciliação, como se vê nos episódios de Abraão e Ló, Abraão e o Rei Abimeleque e de Jacó e Labão. Mesmo na lei de Moisés, ao lado da expressão juiz, também se utilizava do verbete árbitro, para definir determinados julgamentos que poderiam ser realizados por equidade. In: DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado* (Parte Especial) — arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-10. MACHADO, também a esse respeito, diz: “As descrições relevantes encontram-se no Antigo Testamento, a Bíblia Hebraica, apontada para o estabelecimento de relações com outros povos baseadas num sólido código ético universal, assente nos valores da verdade, justiça e da paz, que não na força das armas”. In: MACHADO, Jónatas. Ob. cit., p. 59.

(13) BRITO, Wladimir. *Teoria geral do processo*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 35. Nessa esteira, “há dois sistemas distintos de resolução de conflitos, o autônomo e o heterônomo, e que, tendo em atenção a parcialidade ou a imparcialidade do sujeito activo no processo compositivo: a) o primeiro, sistema autônomo, pode ser constituído por dois tipos de composição de pretensões, a saber: o de autotutela e o de autocomposição; b) o segundo, sistema heterônomo, pode ser constituído pela heterotutela e pela heterocomposição”. In: BRITO, Wladimir. Ob. cit., p. 26.

público. Entretanto, atualmente, quando são examinados modelos desenvolvidos de Estado, como os de matriz anglo-saxônica, em que são bastante utilizados meios não judiciais de solução de controvérsias, são tantas as disputas solucionadas extrajudicialmente que há uma cultura de resolução de conflitos fora do Judiciário.

Em Direito brasileiro, sempre foram aceitos tais métodos de resolução de controvérsias: os não judiciais, sendo cabível a solução por intermédio da mediação (método de solução em que um terceiro neutro facilita as negociações para que as partes alcancem um acordo); da conciliação (mecanismo em que um terceiro neutro aproxima as partes, propondo opções para a composição do litígio); e por meio da arbitragem (em que um terceiro não oficial do Estado decide, por opção dos interessados). A primeira Constituição brasileira (1824), no art. 161, definia que “sem fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”. E no art. 160 estava previsto que “nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juizes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.

Nessa esteira, a natureza dos meios de resolução não judicial de litígio é um tema assaz controvertido na doutrina, a depender do método específico analisado — mediação, conciliação ou arbitragem (necessária ou voluntária). Por outro lado, a definição de um meio de resolução não judicial de litígio com uma certa natureza pode ser realizada de forma mais uníssona dependendo do espaço em que é analisado, se no nacional ou no internacional. No espaço nacional, até uma certa altura, tinha-se a tendência de definir, e.g., a arbitragem voluntária como tendo natureza contratual, sendo que a exigência de homologação judicial, para alguns, impedia o reconhecimento da sua natureza como jurisdicional. O compreender jurisdicional da arbitragem também tem sido afetado em face da aplicação, sem temperamentos, do princípio do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário. Contudo, a exigência de homologação pelo Judiciário praticamente não mais existe nos dias de hoje quanto à arbitragem realizada no espaço nacional.⁽¹⁴⁾ Os ordenamentos jurídicos nacionais consideram, ou tendem a considerar, a decisão arbitral como sentença, executável da mesma forma que os títulos executivos judiciais. Este modo de regulamentação da arbitragem pelos ordenamentos jurídicos de cada Estado influi consideravelmente no alcance da natureza jurídica do instituto pela doutrina.⁽¹⁵⁾

MACHADO, em obra de Direito Internacional Público, após abordar a negociação, os bons ofícios, a mediação e a conciliação, que define como meios não jurisdicionais de resolução de litígios internacionais, classifica a arbitragem como um meio jurisdicional. Segundo ele, “diferentemente do que se passa com os referidos meios de resolução pacífica de conflitos, a arbitragem conduz à definição jurídica da solução de uma controvérsia. Trata-se de um mecanismo jurisdicional ou, para alguns autores, quase-jurisdicional”.⁽¹⁶⁾

Abordando a arbitragem no plano internacional, *CARAMELO* afirma que 154 Estados das Nações Unidas são signatários da Convenção de Nova Iorque de 1958 acerca da arbitragem, obrigando-se ao regime de reconhecimento e de execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Tal convenção se aplica às sentenças arbitrais proferidas em qualquer desses Estados estrangeiros, tornando obrigatório o seu reconhecimento e o dar-lhe força executiva. Com isso, a arbitragem

(14) RUBINO-SAMMARITANO, analisando o Direito Italiano, após acurada reflexão sobre a natureza jurídica da arbitragem, afirma: “La teoria dell’estraneità alla giurisdizione avrebbe potuto trovare qualche aggancio quando, prima dell’omologa, la decisione arbitrale non produceva alcun effetto. Tuttavia a seguito della riforma l’impugnabilità immediata della decisione arbitrale fa sì — ad avviso di chi scrive — che essa sin dal momento della sua emissione sia già nell’alveo della giurisdizione ordinaria quale procedimento speciale”. In: RUBINO-SAMMARITANO, Mauro. *Il Diritto Dell’Arbitrato*. 3. ed. Milão: CEDAM, 2002. p. 61.

(15) Sobre a oscilação a respeito da compreensão da natureza jurídica da arbitragem no decorrer da história, se contratual ou jurisdicional, ver: BARRAL, Welber. *Arbitragem e jurisdição*. In: CASELLA, Paulo B (Coord.). *Arbitragem, lei brasileira e praxe jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 166-7.

(16) MACHADO, Jónatas. *Ob. cit.*, p. 681.

passou a ser o método de resolução de litígios amplamente predominante no campo das relações comerciais internacionais. Tal relevância das decisões arbitrais no comércio internacional mostra que este método “não tem paralelo, nem sequer remoto, no que concerne às decisões dos tribunais estaduais”,⁽¹⁷⁾ sujeitas estas, em geral, a um burocrático processo de reconhecimento, a depender de tratados, em geral, bilaterais, ou da aplicação do princípio da reciprocidade. Sobre a arbitragem internacional nas relações comerciais, acresça-se que, atualmente, cerca de noventa por cento dos contratos internacionais contêm convenções de arbitragem.⁽¹⁸⁾

Sobre o tema da natureza jurídica da arbitragem internacional, DOLINGER e TIBURCIO, em obra de Direito Internacional Privado, dizem que este instituto de solução de controvérsias é, em princípio, autônomo e independente, uma vez que não vinculado à jurisdição estatal, podendo estar sujeito a algum sistema jurídico interno ou estar submetido ao Direito Internacional ou, ainda, a ambos igualmente, ou às suas próprias regras. Os autores mencionados discorrem sobre quatro teorias que explicam a natureza jurídica da arbitragem, vinculando-se à quarta, a saber: (1) teoria jurisdicional (jurisdicionalista) — a jurisdição não seria monopólio do Estado, cabendo a este regular as arbitragens, equiparando-as com as atividades do juiz, sendo que as decisões arbitrais não precisam ser homologadas para a produção de efeitos entre as partes; (2) teoria contratual (privatista) — a jurisdição é manifestação da soberania e monopólio do Estado, sendo que a arbitragem se origina da vontade das partes, dela dependendo o seu prosseguimento: as partes escolhem se desejam a arbitragem, elegem os árbitros, definem o lugar da sede do tribunal arbitral e o procedimento a ser adotado, pouco importando as leis locais; (3) teoria mista (jurisdicional/contratual) — a arbitragem se origina da vontade das partes e depende, em regra, de uma lei estatal para execução da decisão arbitral, necessitando, para desenvolver-se, de um sistema jurídico ao qual se vincule, para reconhecimento, sendo dele dependente; e (4) teoria autônoma — a arbitragem internacional tem fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras.⁽¹⁹⁾

A maior parte da doutrina define a natureza jurídica da arbitragem como jurisdicional ou como mista (híbrida), em que nesta o matiz jurisdicional está, também, presente, como diz JARROSSON, “*conventionnelle par son origine, juridictionnelle par sa fonction*”,⁽²⁰⁾ ou contratual na sua gênese, mas jurisdicional em seu desenvolvimento.⁽²¹⁾ No Direito inglês e nos Estados de

(17) CAMELO, António Sampaio. *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 7-10. Sobre o conceito de arbitragem estrangeira (arbitragem localizada no estrangeiro), ver: RAMOS, Rui Manuel de Moura Ramos. *A arbitragem estrangeira e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no novo direito português de arbitragem*. In: CORREA, Fernando Alves; SILVA, João Calvão da; ANDRADE, José Carlos Vieira de; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José Manuel M. Cardoso da (Orgs.). *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 842-5. Sobre reconhecimento de sentenças estrangeiras proferidas no Judiciário, em especial quanto à aplicação da Convenção de Bruxelas, ver: RAMOS, Rui Manuel de Moura. *A Convenção de Bruxelas sobre competência judiciária e execução de decisões: sua adequação à realidade juslaboral*. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXVIII, jan./dez.— 1996, n. 1-2-3-4, p. 3-44. Ver também: RAMOS, Rui Manuel de Moura. *The new EC rules on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements*. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, v. II, p. 7-38.

(18) GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 34. BERNARDINI, a respeito da *giurisdizione arbitrale*, fala na difusão da arbitragem internacional, afirmando que há “*la grandissima diffusione su scala internazionale di tale meccanismo di risoluzione delle controversie*”. In: BERNARDINI, Piero. *L'Arbitrato Internazionale*. 2. ed. Roma: Giuffrè, 1994. p. 22.

(19) DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 94-7.

(20) JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987. p. 5.

(21) Sobre a natureza da arbitragem no comércio internacional, REDFERN e HUNTER ensinam: “*L'arbitrage commercial international est hybride. Il commence par un accord privé entre les parties. Il continue par une procédure privée dans laquelle la volonté des parties a une importante majeure puis il se termine par une sentence qui a une force et effet juridiquement contraignants et que les tribunaux de la plupart de pays du monde pourront faire exécuter pourvu qu'elle remplisse les conditions appropriées. Ce process privé a un effet public, mis en oeuvre grâce au soutien des autorités publiques de chaque Etat tel qu'il est prévu par sa propre législation*”. In: REDFERN, Alan e HUNTER, Martin. *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1991. p. 7.

tradição do *common law*, é natural atribuir à arbitragem a natureza jurisdicional, sendo chamada, comumente, de *arbitrator jurisdiction*, discutindo-se os limites desta jurisdição. Nesse viés, o árbitro recebe delegação e, mesmo para os que consideram a arbitragem como um ramo do Direito Privado, o Estado empresta seus próprios poderes coercitivos para reforçar o processo arbitral nos pontos de fragilidade.⁽²²⁾ Na França, também se fala da *mission juridictionnelle* da arbitragem.⁽²³⁾

Analisando a arbitragem em suas generalidades, VICENTE afirma que é um modo de resolução de litígios caracterizado pela subtração aos tribunais integrados na organização judiciária do Estado da competência, e pela sua atribuição a uma ou mais pessoas para reger o procedimento, cuja decisão pode ser conferida a mesma eficácia das sentenças judiciais. Na arbitragem privada, segundo o autor mencionado, estão incluídas tanto a voluntária, “em que a competência jurisdicional dos árbitros se funda numa convenção das partes”, como a necessária — em que os poderes do “juízo arbitral decorrem de uma disposição legal, que impõe a obrigação de submeter a árbitros certos litígios”. Para ele, não é a convenção, fonte da competência decisória dos árbitros, o elemento distintivo da arbitragem, já que a competência dos tribunais comuns pode fundar-se em pacto atributivo da jurisdição, não assumindo esta, por isso, a natureza de juízo arbitral. A verdadeira nota característica da arbitragem privada “reside antes na circunstância de se tratar de uma forma de administração da justiça por meros particulares”, presente, segundo o autor referido, tanto na voluntária como na obrigatória/necessária.⁽²⁴⁾

Segundo SCHIZZEROTO, os mais antigos publicistas, desde o século XIX, atribuíram caráter jurisdicional à arbitragem, considerando que a fonte do poder jurisdicional é única, seja para os árbitros, seja para os juizes ordinários.⁽²⁵⁾ A corrente jurisdicional (processualista, na Itália) teve em MORTARA um de seus principais propagadores.⁽²⁶⁾ Para ele, a convenção arbitral é um negócio de direito privado que produz efeitos processuais, escorado na lei, que consente às partes recorrerem ao poder jurisdicional através dos árbitros. Nesse sentido, “*l’ufficio giurisdizionale degli arbitri è conferito dal beneplácito dello stato, non dela volontà delle parti*”.⁽²⁷⁾

Adotando uma posição eclética (mista/híbrida), MEDINA e MERCHAN refutam que a jurisdição dos árbitros seja um negócio privado, mas também não admitem seja assimilada à atribuída aos órgãos do Estado, compreendendo-a como *sui generis*: uma jurisdição convencional. A arbitragem teria a natureza processual, pois é atribuída ao árbitro função jurisdicional, igualando seu objetivo, e equiparando o árbitro ao juiz e a decisão arbitral à resolução judicial ou sentença declarativa.⁽²⁸⁾

Para DOLINGER e TIBURCIO, a tese jurisdicionalista é majoritária na doutrina no Brasil.⁽²⁹⁾ O árbitro tem poderes, inclusive, para decidir sobre sua própria competência. A sua decisão é

(22) MUSTILL, Michael J. e BOYD, Stewart C. *The law and practice of commercial arbitration in England*. 2. ed. London and Edinburgh: Butterworths, 1989. p. 6-7.

(23) GALVADA, Christian; LEYSSA, Claude Lucas de. *L’Arbitrage*. Paris: Dalloz, 1993. p. 17. Os autores mencionados fazem a comparação entre a *justice arbitrale et justice étatique*. In: Ob. cit., p. 17-8.

(24) VICENTE, Dário Moura. *Da arbitragem comercial internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 27-8.

(25) SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell’arbitrato*. 2. ed. Milão: Giufrè, 1982. p. 26.

(26) MORTARA, Ludovico. *Comentario dal código e delle leggi di procedura civile*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1923, v. III, p. 52.

(27) RUBINO-SAMARITANO, Mauro. *Il Diritto dell’arbitrato*. Milão: CEDRAN, 2002. p. 27-8.

(28) MEDINA, José M^a Chilón; MERCHAN, José Fd^o Merino. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1978. p. 92-100.

(29) DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Ob. cit., p. 94. DOLINGER e TIBURCIO asseguram: “Os publicistas reconhecem a natureza jurisdicional do juízo arbitral, e são, atualmente, no Brasil, a maioria, notadamente após o advento da Lei n. 9.307/96, que conferiu exequibilidade à sentença arbitral, independentemente de homologação judicial. São representados por Carlos Alberto Carmona, das Boas Relações entre os Juizes e os Árbitros, Revista do Advogado 5/18 (1997); Sálvio de Figueiredo Teixeira, Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária, Revista Jurídica 236/24 (1997); Humberto Theodoro Júnior, A Arbitragem como Meio de Solução de Controvérsias, Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil 2/05 (1997);

considerada sentença, chamada de título executivo judicial executável da mesma forma que a sentença judicial, não sendo precisa a sua homologação em sede judicial, para produzir efeitos entre as partes. No exemplo brasileiro, o árbitro é considerado pela lei como “juiz de fato e de direito” (arts. 18 e 31 da Lei n. 9.307/96). Caso uma das partes signatárias da convenção arbitral vá ao Judiciário, sem submeter a questão antes ao Juízo arbitral, desrespeitando-se a convenção previamente entabulada no contrato, o juiz estatal, quando provocado, determinará o cumprimento da cláusula compromissória e, por conseguinte, que a lide seja julgada nas vias da arbitragem.⁽³⁰⁾ No Brasil, os árbitros podem deferir medidas cautelares, a serem executadas no Juízo ordinário.

O debate em torno da natureza jurídica, com as suas divergências doutrinárias e jurisprudenciais entre as correntes contratualista e jurisdicionalista, não é de conteúdo, pois não altera as regras de Direito positivo sobre a arbitragem dos diversos sistemas jurídicos estatais nem de Direito Internacional. Até mesmo contratualistas, como *PALLIERI*, constataam que todas as legislações têm os mesmos princípios fundamentais sobre a arbitragem, o que afastaria um conflito de qualificações. Mesmo contratualistas têm entendido que a arbitragem permanece circunscrita a dois institutos: (1) o contrato privado — com os mesmos efeitos de todo ato privado; e (2) a sentença arbitral — que produz efeitos de um ato jurisdicional⁽³¹⁾ (ainda que não seja um ato judicial), não mais necessitando, em geral, no plano interno (arbitragens nacionais), de intervenção de um juiz estatal, para produzir efeitos entre as partes.

Deste modo, ao chegar à conclusão de que a arbitragem é uma jurisdição convencional, a teoria híbrida parece abrir caminho para a compreensão *lato sensu* da jurisdição como um fenômeno plurívoco, que transcende as noções de público e privado, nacional e internacional, voluntário e obrigatório, judicial e extrajudicial, tradicional e alternativo, autônomo e vinculado. O que deve estar presente é a resolução legítima do litígio, com o reconhecimento da decisão como válida em um determinado sistema jurídico de resolução de litígios.

Deste modo, os sucedâneos jurisdicionais, como tendência, parecem estar sendo integrados em um sistema de justiça nos Estados e até mesmo em outros âmbitos.⁽³²⁾ Nesse sentido, ainda que muitos não os considerem jurisdicionais, trazem implicações importantes na jurisdição. *GOUVEIA* informa que, recentemente, Alemanha e Itália estabeleceram a obrigatoriedade da mediação como fase na resolução do litígio — antes da judicial.⁽³³⁾

Regulando certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, para adoção nos Estados que integram a União Europeia, através de medidas que a transponham ao ordenamento jurídico interno, a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho dispõe que mediação é: “processo estruturado, independente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado membro”.

A lei de introdução à ZPO, na Alemanha, em disposição introduzida em 1999, permitiu que os diversos Estados-membros adotassem sistemas de mediação obrigatória, antecedendo

Pedro Batista Martins, *Arbitragem Através dos Tempos: Obstáculos e Preconceitos a sua Implementação no Brasil até o Advento da Lei n. 9.307/96*; José Maria Rossani Garcez (Coord.), *A Arbitragem na era da Globalização*, p. 38-39 (1997). In: Ob. cit., p. 94-5. No mesmo sentido, BERALDO afirma que “a tese majoritária na doutrina é a jurisdicionalista”. In: BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

(30) BERALDO, Leonardo de Faria. Ob. cit., p. 5.

(31) MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Arbitragem comercial internacional: características*. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo e MAGALHÃES, José Carlos. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: Necin Projeto CAPES, 1998. p. 28-9.

(32) A respeito ver: GOUVEIA, Mariana França. Ob. cit., p. 62-71.

(33) GOUVEIA, Mariana França. Ob. cit., p. 62.

aos processos judiciais. Para os tribunais alemães, tal previsão representa um pressuposto processual ou uma condição de admissibilidade da ação. De início, caso as partes não passassem antes pela mediação, o órgão judicial sanava o vício, suspendendo a instância, reencaminhando as partes para a mediação. O Supremo Tribunal Alemão (BGH), todavia, decidiu que não seria possível a sanção da exceção dilatória, pois a lei exige mediação antes da propositura da ação. Na Itália, também se regulamentou a mediação obrigatória quanto a vários tipos de litígios.⁽³⁴⁾

A mesma questão foi colocada nos Estados Unidos. Os tribunais têm decidido que o direito de acesso à justiça não é negado com a obrigatoriedade da mediação prévia, exigindo-se, no entanto, que não sejam criados obstáculos desarrazoados de acesso ao tribunal, como custos e demora excessivos, falta de imparcialidade e de independência do mediador e ausência de proteção do conteúdo das sessões, por meio da confidencialidade.

Ao analisar a constitucionalidade da obrigatoriedade da mediação no sistema português, em que tal meio é facultativo, *GOUVEIA* assegura que “num sistema ideal, os meios de resolução de litígios seriam alternativos entre si. Em função do tipo de conflito, as partes deveriam ser reencaminhadas para o meio que melhor o resolvesse”. Para ela, todos os mecanismos seriam alternativos entre si e obrigatórios em conjunto, o que seria “um sistema ideal, na lógica dos tribunais multi-portas”. Ao instituir-se a obrigatoriedade da mediação, não se estaria dificultando o exercício dos direitos pelos cidadãos, mas aproximando “a Justiça ao cidadão”. Não seria, deste modo, inconstitucional, a obrigatoriedade da mediação pré-judicial, que não é proibida, assim, pela Constituição portuguesa. Tal procedimento “imposto ao utente de justiça se integra precisamente no direito de acesso à justiça”.⁽³⁵⁾

Para além dessa tendência de integração da mediação no sistema de justiça, quanto a vários tipos de litígios, como no sistema alemão, italiano e americano, nota-se que a decisão alcançada pelas partes, na mediação, tende a ser considerada, também, com a mesma força executiva das sentenças judiciais. Em verdade, a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, em seu art. 6º, trata da executoriedade dos acordos obtidos pela via da mediação, prevendo que os Estados devem “garantir que o conteúdo de um acordo reduzido a escrito seja declarado executório”. Na França, não há obrigatoriedade de homologação. No caso português, o acordo proveniente da mediação pode se tornar em sentença com a homologação judicial, ou até mesmo “sem homologação, se preencher os requisitos do art. 9º. LM. Mas para além destas há outras formas de conferir força executiva a um acordo obtido em mediação”.⁽³⁶⁾

Por tudo isso, reitera-se, no termo jurisdição, que se utilizará nesse trabalho, estão incluídos os equivalentes jurisdicionais, os quais, embora não exercidos perante autoridades judiciárias — por não serem integrantes do Poder Judiciário do Estado ou de órgão judiciário público internacional —, conduzem, sob certas condições, ao mesmo resultado, à composição definitiva da lide.

B) O objeto do presente estudo

Feita a premissa de ordem terminológica, indaga-se: E sob o ponto de vista internacional, qual a importância da função jurisdicional? Estudar a jurisdição internacional e formular uma teoria que demonstre ser a jurisdição essencial para o desenvolvimento e, quiçá, ser o passo decisivo para o advento de uma unidade jurídico-política internacional é o escopo do trabalho que se segue.

(34) Ob. cit., p. 65-6. *GOUVEIA* acrescenta fundamentos para a tese de não ser inconstitucional a obrigatoriedade da submissão dos litígios à mediação prévia, citando a decisão do Tribunal Constitucional português que considerou constitucional a arbitragem necessária, quando há previsão legal. Para ela, muito menos inconstitucional seria a mediação obrigatória, pois o recurso aos tribunais estaria sempre assegurado, sendo apenas dilatado no tempo. In: Ob. cit., p. 70.

(35) Ob. cit., p. 66-7.

(36) *GOUVEIA*, Mariana França. Ob. cit., p. 87-8. No mesmo sentido, ver: *ALMEIDA*, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019, v. I, p. 210.

As raízes para esse arcabouço estão no processo histórico — na história da humanidade. Em verdade, as sociedades primitivas, o surgimento das cidades, o Império Romano, a Idade Média e os momentos seguintes da história humana, cruciais para o evoluir jurídico-político, levam a crer que essa formulação de unidade do poder não se deu, quando se observa o que se chegou até aqui, nem se dará sem a jurisdição.

A função jurisdicional, assim, afigurar-se-ia como uma fórmula jurídica fundamental para a própria coexistência humana não de hoje, mas de há muito tempo, mesmo antes do aparecimento do Estado. Ao que se contempla, desde priscas eras, o homem desenvolveu a organização dessa função, a qual se configura como um dos elementos fundamentais a permitir o desenvolvimento da sociedade, antes mesmo do aparecimento de outras funções essenciais — executivas e legislativas, ou da existência de órgãos que as aglutinassem.

A organização da solução dos conflitos, seu modo, em cada momento histórico, parece possibilitar o evoluir social, quando o homem, em sociedade, passa a resolver os litígios que transcendiam o ambiente doméstico. Determinadas matérias passaram a ser preocupação de aglomerados sociais maiores, como as aldeias — conjuntos de clãs ou gens. A solução de determinados litígios, que as experiências antigas mostraram que levavam a conflitos sangrentos entre clãs, passou a ser fundamental, o que pode ter conduzido a uma definição de assuntos tratados por conselhos compostos por representantes de comunidades distintas que se juntavam para a solução dessas questões conflituosas. Esse modelo de desenvolvimento social, a partir da organização da função jurisdicional, garantia a paz entre aldeias e tribos distintas. De maneira que, ao lado de uma definição das normas jurídicas pelos costumes, a função jurisdicional foi sendo desenhada cedo na história da humanidade, definida desde tempos remotos.⁽³⁷⁾

Por outro lado, quando vieram à lume os primeiros documentos legislativos, muito embora não se tenha feito praticamente qualquer menção às funções legislativas e executivas, tratou-se de forma clara da função jurisdicional e, em muitos casos, foram veiculadas regras sobre juízes, procedimento e, até mesmo, a respeito de órgãos judiciais recursais.

A história da humanidade, com o crescimento dos núcleos urbanos, acompanhou um incremento constante da função jurisdicional, o que pode ser bem exemplificado em Roma. Nos períodos remotos, a figura do *rex* servia, exatamente, para a solução dos conflitos. O rei não tinha autoridade para legislar ou para governar (executar leis), mas para resolver conflitos entre clãs ou gens. Em verdade, não havia um rei apenas em uma dada sociedade, mas vários, que desenvolviam funções, em geral, jurisdicionais, de acordo com a competência que lhes era atribuída pelo costume e, muitas vezes, exercendo sua magistratura por um ano.

Os romanos foram, passo a passo, estatizando a função jurisdicional e, com a expansão do Império, ao envolverem outros povos, foram, ao mesmo tempo, preservando estruturas jurisdicionais das sociedades dominadas. Deste modo, as causas de interesse do Império eram examinadas por seus pretores, ao passo que as matérias em que o interesse era das comunidades locais, estas deveriam, em princípio, resolvê-las. A jurisdição auxiliou para uma melhor convivência, em que os povos dominados parecem ter sido harmonizados com a preservação de estruturas jurisdicionais tradicionais.

(37) Embora faltasse Direito formal, predominando os princípios materiais na administração e na conciliação dos litígios, o patriarca decidia segundo princípios da “justiça do Cadi”, por exemplo, preso à tradição, por um lado, e, por outro, conforme pontos de vista juridicamente informais e irracionais de equidade e justiça em cada caso particular, e com “consideração pessoal”, a predominar uma combinação de princípios ético-sociais e utilitário-sociais. Assim, WEBER traça a distinção entre a justiça da aldeia oriental, em oposição à justiça pessoal burocrática. A respeito, ver: WEBER, Max. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 2003. p. 131-4.

Com a Idade Média e a deterioração da unidade do poder jurídico-político, em que a figura de um grande legislador ou executor de leis era praticamente inexistente no Ocidente, a fragmentação do poder remeteu a sociedade para épocas remotas. O recuo da organização das fórmulas políticas conduziu as sociedades a organizarem-se em feudos, nos quais, em um sistema econômico quase doméstico, o senhor feudal funcionava como um pai de família, com poderes, em geral, sobre um pequeno território e sobre as pessoas que nele habitavam, exercendo-os de forma até certo ponto tirânica.

Esse modo de ser do exercício do poder, e, por conseguinte, da jurisdição, em que a autoridade maior, de fato, era o senhor feudal, o qual tinha a supremacia sobre os servos, em pequenas unidades territoriais, parece ter impedido o desenvolvimento político-jurídico na Idade Média. Contudo, é ainda na Idade Média que vai ter início o processo de unidade do poder. E essa unidade afigura-se, também aqui, através da jurisdição. É que, na Idade Média, o “soberano” não conseguia alcançar todo o território de seu domínio por intermédio de mecanismos jurídicos que permitissem essa evolução. Em um determinado momento, inicia-se a integração da jurisdição, antes das demais funções essenciais do poder. Nesse sentido, a função jurisdicional se integrou aos poucos e, gradativamente, auxiliando na unidade do poder do rei.

A unidade foi se intensificando, passo a passo, no evolver histórico, até que, com o absolutismo, fenômeno jurídico-político que se universalizou na Europa Ocidental, as funções legislativas e executivas passaram a ser enfeixadas de modo claro na pessoa do rei. A função jurisdicional integrada, como se verá adiante, teve importante papel para a unidade das outras funções essenciais do Estado. Se foi possível pacificar os conflitos em um sistema jurisdicional, seria possível generalizar as condutas almejadas através de leis e executá-las, e, claro, se as leis passaram a ser de todo o reino, tornaram-se desnecessárias as múltiplas fontes de regramento de condutas.

As feições das funções jurisdicionais permaneceram praticamente as mesmas — alcançadas no final da Idade Média, sendo que tais atividades eram realizadas pelos órgãos jurisdicionais e, em determinadas situações, o rei intervinha, nos casos chamados relevantes.

Ao que parece, dentro do absolutismo,⁽³⁸⁾ o que também se irá falar à frente, a função jurisdicional foi, cada vez mais, ganhando em independência quanto às demais funções essenciais do Estado — a legislativa e a executiva, que permaneceram centralizadas na pessoa do rei. Por óbvio, esta independência era relativa, uma vez que o rei, no absolutismo, não estava sujeito, praticamente, a nada.⁽³⁹⁾ Contudo, a separação, a existência e a constituição de uma Justiça (órgão), que, em princípio, exercia a jurisdição, eras claras, de modo que, entre os cidadãos, assim funcionava e era vista.

Com o fim do absolutismo, o Estado Constitucional foi erigido. O parlamento recebeu a atribuição de legislar, que saiu das mãos do rei. Ademais, aprimorou-se a função jurisdicional. Em verdade, os direitos de liberdade, considerados de primeira geração ou dimensão, foram

(38) No sistema português, Hespanha aponta: “Note-se que, nesta altura, já tinham sido incorporadas na jurisdição real, em 1790 e 1792, as jurisdições dos donatários”. Houve, assim, “retorno” da jurisdição ao rei, o que marca, por certo, o absolutismo. In: HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições: Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 299. Uma característica do absolutismo foi o primado da legislação. In: MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *O modo setecentista de julgar em Portugal: uma reflexão em torno do valor dos precedentes judiciais no passado e no presente*. In: o perfil do juiz na tradição ocidental. Coimbra: Almedina, 2009. p. 125. Este fato levou à mudança na formação jurídica, como é enfatizado por MARCOS, quanto a Portugal. In: MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A História do Direito e o seu ensino na Escola de Coimbra*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 47.

(39) LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 73. Nas palavras de LOCKE: “Entre um súdito e outro, concederão, haverá medidas, leis e juizes que lhes garantam uma certa paz e segurança; mas, quanto ao soberano, este deve ser absoluto, acima de tais circunstâncias, uma vez que tem poder absoluto para causar dano ou malefício”.

salvaguardados nos ordenamentos jurídicos europeus ocidentais. Contudo, representariam uma mera folha de papel se o Judiciário independente inexistisse.

Assim sendo, a conquista dos direitos de primeira dimensão representa exatamente a limitação do poder do Estado, que deixou de ser absolutista e passou a ter uma função jurisdicional independente e através da qual o cidadão poderia exigir que o próprio monarca respeitasse a lei. Enfim, ele também estava submetido ao primado da lei e, agora, poderia ser responsabilizado.

Deste modo, com a estrutura jurisdicional já separada — independente, haveria o primado da lei no sentido moderno, com a efetividade da jurisdição como garantia das garantias: a lei não seria uma mera declaração. Destarte, se antes, na origem da humanidade, a função jurisdicional se desenhou para permitir a existência de aglomerados humanos maiores com a pacificação dos conflitos intersubjetivos, a desaguar, depois, em uma organização social que exigia normas mais gerais e lógicas, e a um poder central para executar estas normas, com o Estado Constitucional, a jurisdição vai permitir que a sociedade venha a se desenvolver por ela mesma, sem as peias do poder político, que, no Estado absolutista, norteava este desenvolvimento quase que somente em favor do rei e de seus interesses. O Estado Constitucional passa a ser um garantidor da liberdade, sobretudo em razão da existência da jurisdição qualificada pela separação e independência quanto às demais funções essenciais do Estado.

A jurisdição, portanto, delinea-se como uma fórmula jurídica essencial, dentro do sistema estatal, para permitir que o homem, no território do Estado, possa empreender livremente, sem que o rei o impeça. A liberdade vai possibilitar o relacionar e vai alargar os horizontes, a conduzir o homem a pretender ultrapassar fronteiras, para comerciar, para ir e vir, para prestar serviços e cambiar conhecimentos, não obstante estas iniciativas já existissem, desde a Idade Média, em que a liberdade, pela jurisdição, já havia sido concretizada para alguns comerciantes, guardadas as devidas proporções.

A conquista da burguesia no território nacional, a permitir a liberdade de ir e vir e de trocas, impulsionou o homem para outros espaços, para outros países, sendo necessária, por consequência, a expansão daqueles direitos de liberdade. Deste modo, a Europa Ocidental teve, em grande parte de seu território, em vários territórios de seus Estados, a adoção do sistema de liberalismo econômico. Nestas nações, o comércio cresceu e, por conseguinte, as relações entre os Estados, que precisaram de um sistema jurídico a permitir a garantia desse modelo econômico.

O desenvolvimento da cooperação judiciária internacional parece responder a este passo no andar da humanidade, a trazer as garantias mínimas necessárias nas relações privadas que precisem, por algum motivo, ultrapassar as fronteiras nacionais. A cooperação judiciária, principalmente pelo reconhecimento de sentenças, surge como um passo fundamental para que as relações privadas, em especial as comerciais, tivessem algum reconhecimento além das fronteiras de um determinado território estatal, o que, certamente, por necessária segurança jurídica, vai favorecer o incremento do comércio entre as nações. Assim, a cooperação judiciária internacional surge, inicialmente, por um costume internacional, antes da existência de qualquer órgão legislativo ou executivo internacional.

Especialmente em solo europeu ocidental, este costume termina por gerar um dever de cooperação judiciária⁽⁴⁰⁾ entre os Estados europeus, o que deu maiores possibilidades para a intensificação do comércio, circulação de valores, de bens e de pessoas. Não obstante o inicial caráter de

(40) RAMOS fala sobre momento importante desse processo: “The adoption and the entry into force of the new EC rules on jurisdiction and enforcement of judgements reveals the deepening of cooperation on civil matters among European Union countries that was made possible by the entry into force of Amsterdam Treaty”. In: RAMOS, Rui Manuel Moura. The new EC rules on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements. In: *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 10.

comitas gentium (*international comity*), tornou-se lugar comum, na Europa Ocidental, o reconhecimento e o cumprimento de decisões judiciais de um Estado em outro.

A abertura das fronteiras para o comércio e circulação de pessoas vai trazer implicações várias, a exigir que a cooperação judicial signifique uma estruturação conjunta dos aparelhos estatais, a maior parte deles ligados à jurisdição, para que este modo de ser europeu ocidental, vinculado à liberdade de ir e vir e de trocas, não traga, juntamente, uma instabilização em consequência da prática de crimes e de outros ilícitos. Este evoluir termina por conduzir a uma jurisdição europeia mais concertada, por um lado em uma cooperação judiciária reforçada e, por outro, pela criação de um tribunal comum.

Igualmente, estruturas jurisdicionais de vários Estados vão se tornando comunitárias ou supranacionais, ao mesmo tempo em que continuam com o seu caráter de jurisdição interna, e se cria um tribunal supranacional para garantir, mais ainda, as liberdades e permitir que não se impeça o desenvolvimento concertado sob o ponto de vista econômico e social, o que se deu na União Europeia. Também aqui, o Tribunal, hoje denominado de Tribunal de Justiça da União Europeia, surge, desde o começo da estruturação supranacional, como um órgão de jurisdição nos padrões clássicos, antes de terem sido organizadas as demais funções essenciais de poder — legislativas e executivas — em formas tradicionais, com caráter permanente. Conquanto existentes desde o início, as funções executivas e normativas tinham, no período inicial, uma feição inter-governamental. Todavia, a estrutura jurisdicional cedo se formou em padrões clássicos, enfeixada no Tribunal de Justiça da inicial Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, sendo esta estrutura desenvolvida em termos ainda mais amplos e eficazes, como se verá adiante.

Este sistema de proteção da liberdade, em solo europeu, também se dá com a criação de tribunal internacional para garantir esta liberdade, ou melhor, estes direitos, ainda em uma extensão territorial maior que a da União Europeia, embora tratando, praticamente, dos direitos humanos de primeira dimensão: o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que surgiu antes mesmo de qualquer órgão legislativo permanente no espaço por ele jurisdicionado. Também na América, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apareceu antes da existência de qualquer órgão legislativo ou executivo comum. Por sua vez, as Cortes internacionais ligadas à Organização das Nações Unidas ou reconhecidas como tendo jurisdição internacional, mesmo que com restrição quanto à matéria, surgiram antes da existência de órgãos executivos ou legislativos internacionais permanentes.

Inegável que o mundo assiste a um aumento do número de cortes internacionais, ao mesmo tempo em que cresce o respeito às decisões nacionais no plano internacional. Esse desenvolvimento jurisdicional está sensivelmente mais adiantado que o de órgãos executivos e legislativos globais. Do mesmo modo, cresce a submissão voluntária de Estados ou de seu empresariado a tribunais arbitrais internacionais, para serem aceitos nas relações comerciais privadas ou públicas globais. Também, para que recebam investimentos privados internacionais.⁽⁴¹⁾

Organizações jurisdicionais, públicas ou privadas (tribunais arbitrais), voltadas ao comércio ou aos negócios em escala global, são criadas e incrementadas. A necessidade de regular muitos setores econômicos pode conduzir à criação de estruturas judiciais paralelamente. Para cada setor regulado, um órgão jurisdicional. Uma tendência? Mais à frente, poderão ser lançadas luzes sobre esse tema.

(41) Em verdade, o FMI tem exigido mudanças no Judiciário dos Estados, para que faça investimento, pugnando que haja um reforço das instituições, “nomeadamente a organização de um poder judicial estável e equitativo”. In: BRASSEUL, Jacques. *História econômica do mundo: das origens aos subprimes*. 2. ed. Lisboa: Texto & grafia, 2014. p. 410.

Com efeito, a unidade do poder jurídico-político, sob o ponto de vista internacional, que se analisará, a ser alcançada, quem sabe, um dia, parece que terá que principiar pela jurisdição. Contudo, essa unidade se afigura como plural. Este aparente paradoxo há que ser abordado por uma teorização a respeito desse assunto, a qual também é objeto do presente trabalho.

A reflexão sobre a jurisdição, em especial a jurisdição internacional, com a formulação de uma teoria que demonstre ou aponte os sinais de que a unidade do poder jurídico-político se inicia com a jurisdição, e que o poder político internacional também está alcançando a sua unidade a partir da jurisdição internacional, revela-se importante, para a compreensão desse processo.

Há, assim, a necessidade de sistematização de uma teoria da jurisdição, em especial da jurisdição internacional, de modo a demonstrar que a jurisdição é fundamental para a gênese da unidade do poder jurídico-político internacional. Em particular nos países de língua portuguesa, em áreas de interesse e pesquisa que, antes de simplesmente teorizar sobre as características da jurisdição, dos órgãos a que é atribuída, ou perquirir a natureza das funções essenciais do Estado e a presença e configuração das mesmas no plano internacional, ainda não se desenvolveu estudo de aspectos históricos, peculiaridades e características que se ponham a demonstrar a jurisdição como uma pedra de toque ou mola propulsora do surgimento do Estado e, também, da unidade jurídico-política internacional.

Ademais, embora com um aparente vazio da nomogênese jurídica internacional, há um lento desenvolvimento de um arcabouço jurídico regulador em plano global, que parece crescer em conjunto com fórmulas jurisdicionais. A arbitragem internacional, sobretudo em questões comerciais, veicula um modelo de flexibilização do conhecido sistema de unidade jurisdicional tradicional e traz a lume uma pluralidade de órgãos jurisdicionais (arbitrais) que produzem, pela sua jurisprudência, um costume internacional em aspectos relevantes, o que pode redundar em sistematizações escritas, as quais, posteriormente, venham a se tornar a regulação internacional de um determinado tema. Este funcionar parece estar rumando para um patamar mais unificado por setores econômicos e, em especial, no tema da concorrência.

Analisar-se-á em que grau e situações a jurisdição se apresenta como importante para a existência de um poder regulador de feição internacional, mediante a perquirição da evolução do tema, com base em dados históricos, da análise da regulação nacional atual e do exame de aspectos supranacionais e internacionais da matéria, envolvendo a jurisdição no Estado regulador ou na regulação internacional da concorrência ou de outros setores da economia. Por conseguinte, procurar-se-á teorizar e sistematizar os possíveis pontos capazes de demonstrar que a jurisdição é fundamental também para a existência da regulação no plano internacional.

Igualmente, enfocar-se-á a compreensão da jurisdição em um modelo plural, em que ordens jurisdicionais se sobrepõem e se interpenetram, em uma pluralidade de ordens normativas e órgãos, em rede, o que está a caracterizar o modelo atual de desenvolvimento do Direito Internacional e que poderá conduzir à unidade jurídico-política internacional.

A análise da União Europeia, em cotejo com a de outros sistemas de integração na América, fornece subsídios teóricos, com enfoque na importância da jurisdição e com repercussões para o mercado e para a sociedade sob o ponto de vista internacional. Trata-se de um protótipo (o da União Europeia), a nosso ver, um modelo, para o mundo, ainda que embrionário.

Ademais, para além da componente teórica, necessárias mudanças não de ocorrer no Direito Internacional, para que haja uma melhoria efetiva e significativa da qualidade das relações privadas e públicas internacionais, bem como na aplicabilidade dos direitos humanos, sendo fundamental, para isso, a criação e ampliação de órgãos jurisdicionais internacionais, para dar verdadeira

garantia a direitos e possibilitar o incremento das relações jurídicas privadas e públicas, a conduzir ao desenvolvimento dos povos. Só há confiança, segurança e certeza jurídicas com a existência de órgãos jurisdicionais que favoreçam o acesso das pessoas físicas e coletivas, para o deslinde dos conflitos existentes ou que venham a existir, que entram ou possam entrar o desenvolvimento social, de modo estável.

Por certo, examinar as instâncias jurisdicionais privadas, seja quando estas recebem atribuições do poder público ou a arbitragem comum (em geral ligada a instituições privadas), bem como as instâncias jurisdicionais, mesmo que públicas, mas integradas por uma magistratura mais técnica (formada com outros conhecimentos técnicos ou tecnológicos) que jurídica, revela-se como uma necessidade, a apontar para o futuro, em que a jurisdição expresse, legitimamente, o controle de legalidade (regrativo e principiológico) dos litígios, em especial dos provenientes da sociedade e do mercado sob o ponto de vista global, a evoluir de acordo com os problemas que lhe são postos, com instrumentos, mecanismos, medidas e ferramentas hábeis, harmonizados e adequados, sob o ponto de vista formal e da natureza das condutas a que se pretende controlar a legalidade.

Não resta dúvida que se ressalta, hoje, a importância e a tênue conexão que a forma e a operatividade institucional têm com o regular e eficiente funcionamento da sociedade, haja vista que interagem com diversos fatores, inclusive econômicos. Nesse diapasão, a jurisdição, caso não bem definida (adequação), pode prejudicar todo o desenrolar social, inclusive o do mercado.

A jurisdição que favoreça o desenvolvimento social, com a pacificação dos conflitos, e, ao mesmo tempo, que esteja em harmonia com as funcionalidades, características e dinâmicas da sociedade, é desencadeadora de confiança, estabilidade e propulsora de correção de falhas, a trazer menos riscos para o desenvolvimento e a possibilitar a implementação de inovações, sobretudo a permitir o incremento institucional, através de novas fórmulas de nomogênese jurídica e de gestão social.

Deste modo, o desenho de uma função jurisdicional responsiva aos desideratos de desenvolvimento das relações sociais e econômicas, mais modelada ainda ao comportamento, às pessoas, ao ambiente institucional amplo em que opera, às diferentes lógicas das relações e de suas finalidades, ao desenvolver do regime normativo, e adaptável às mudanças, sobretudo quando se fala em jurisdição internacional, afigura-se em vários quadrantes.

A diminuição do monopólio estatal ou público da jurisdição dentro dos Estados, em ordens jurídicas supranacionais ou internacionais, revela a importância na ênfase nesses modelos jurisdicionais e em ferramentas outras, desenvolvidas e operadas por agentes não-governamentais, a contribuir para o atingimento dos objetivos e missões que envolvem uma interação mais harmônica entre Estados, mercado e sociedade e aponta para mais possibilidades sob a ótica internacional.

Esta jurisdição, que surge quase que espontaneamente no ambiente privado internacional ou, ao que parece, também no meio das agências reguladoras, delinea-se para permitir os ajustes necessários à efetividade e à boa qualidade da prestação jurisdicional, caracterizada pela descentralização e pluralidade de instrumentos e agentes, a ensejar uma maior eficiência quando comparada a outros modelos jurisdicionais.

C) O plano da obra

Tendo em vista a concretização dos objetivos propostos, para a consecução desse trabalho, foram utilizados e unidos subsídios de diversos matizes do Direito, sobretudo históricos e dogmáticos.

Assim, analisar-se-á, no primeiro capítulo, a jurisdição no curso da história, desde as sociedades primitivas, passando pela proto-história dos direitos humanos e pelo medievo, para responder à pergunta: como se forma a jurisdição no curso da história?

Com a abordagem da formação do Estado nacional e de sua subsequente configuração como Estado Constitucional, no segundo capítulo, procurar-se-á responder às questões: qual a importância da jurisdição para a formação do Estado Nacional? A jurisdição influenciou no surgimento das demais funções jurídico-políticas do Estado? Como e quando a jurisdição se torna independente das demais funções essenciais do Estado? Abordar-se-á, neste capítulo, também, o desenvolvimento da jurisdição no Direito Regulador. Analisar-se-á a existência da jurisdição nos ambientes regulatórios e suas implicações, com o objetivo de alcançar resposta à indagação: como se tem formado a jurisdição no Direito Regulador? O Estado está sendo aperfeiçoado por intermédio de um novo aspecto da jurisdição, dentro do chamado Estado Regulador da economia?

A seguir, no terceiro capítulo, procurar-se-á deslindar as primeiras fórmulas de contato entre os Estados, sob o ponto de vista da jurisdição, destacando-se a cooperação judiciária e como esta foi se desenvolvendo para a aproximação das jurisdições nacionais.

Na sequência, no quarto capítulo, examinar-se-á se a jurisdição teve e tem influência na proteção internacional dos direitos humanos, analisando-se a formação histórica destes no plano internacional e sua salvaguarda, como fundamental para sua existência, por meio dos tribunais internacionais, no intuito de responder à pergunta: qual o papel da jurisdição para a formação dos direitos humanos no plano internacional?

No capítulo 5, analisar-se-á a função jurisdicional nos sistemas de integração supranacional, para responder à indagação: qual a importância da jurisdição para a formação das estruturas supranacionais de poder?

O capítulo 6 enfocará a jurisdição e a unidade jurídico-política internacional. A jurisdição conduz a esta unidade? O pluralismo da jurisdição, inclusive por múltiplos órgãos, públicos, privados e mistos, traz prejuízo à evolução da jurisdição e para a unidade do poder? Serão abordadas as inter-relações e algumas nuances dos tribunais internacionais, para responder às questões propostas. Ademais, verificar-se-á de que modo a jurisdição está se formando e influenciando para que surjam órgãos executivos ou legislativos globais. Procurar-se-á explicar por que os tribunais internacionais permanentes, em geral, surgiram primeiro que qualquer instância legislativa e executiva internacional, pelo menos nos parâmetros clássicos, e se há um processo de expansão da jurisdição internacional capaz de desencadear ou auxiliar a unidade precitada.

A tese proposta pretende contribuir com a supressão de uma lacuna acadêmica do estudo da jurisdição internacional, uma vez que se faz necessário, de modo mais claro e coeso, abordar a gênese da jurisdição e sua importância para a unidade jurídico-política internacional. A produção literária referente à jurisdição não enfoca, a nosso ver, pelo menos em estudos de língua portuguesa, a conexão entre sua gênese e seu provável nexos com a formação da unidade do poder no plano internacional.

Em última instância, almeja-se auxiliar para uma melhor compreensão da jurisdição, a partir do conhecimento de sua origem, desenvolvimento histórico e implicações na formação do Estado nacional e constitucional, bem como sua importância para a formação da unidade do poder jurídico-político global.

A sistematização de importantes pontos, essenciais e acessórios, da jurisdição, sobretudo da internacional, conhecendo a função jurisdicional em diversos quadrantes, para alcançar conclusões

jurídicas sobre sua gênese e implicações, será desenvolvida a seguir. A construção de uma teoria da origem da jurisdição e da unidade do poder na esfera internacional, perpassando pela feitura de análise da jurisdição em várias direções, inclusive no campo da regulação internacional, indicará, quiçá, um caminho que as fórmulas jurídico-políticas internacionais poderão percorrer. Com isso, acredita-se contribuir para a consolidação de um arcabouço teórico sobre a gênese da jurisdição e da unidade jurídico-política internacional que traga algum avanço ao estudo científico sobre esta temática. Nesse sentido, a teoria da jurisdição que se desenvolverá a seguir não se destina à formulação de um arcabouço teórico definitivo da jurisdição na sociedade internacional, mas de uma teoria da gênese da jurisdição internacional e das implicações desta para o surgimento da unidade jurídico-política internacional.

CAPÍTULO 1

A jurisdição nas fórmulas jurídico-políticas anteriores ao Estado

1.1. As sociedades primitivas e a função de julgar

Predomina, em doutrina, o entendimento de que, nos primórdios, na resolução das lides humanas, a decisão do mais forte era a regra, prevalecendo a autotutela. O conflito individual era resolvido pela força, de maneira que se impunha ao mais fraco o resultado desejado pelo mais forte. Foi assim solucionada, na narração da Bíblia, a desavença entre Caim e Abel, em que o primeiro não aceitou cumprir a regra do ritual de sacrifícios a Deus e, ao descumpri-la, resolveu matar Abel, o qual observara o ritual corretamente. Teria sido Caim, segundo o dizer veterotestamentário, aquele que edificou a primeira cidade.⁽⁴²⁾ Conforme o escrito bíblico, o segundo conflito de interesses narrado também foi solucionado com o assassinio do ofensor, por Lameque, filho de Caim.⁽⁴³⁾

Contudo, antes de se debruçarem sobre a solução de conflitos, os autores debatem sobre a vida do homem em sociedade, na sociedade primitiva. O homem é um animal social, segundo *ARISTÓTELES*. Para ele, o homem sem clã, sem lar, é desprezível. O estagirita sustenta que o homem não é apenas gregário, mas social, pois só ele tem a natureza de indicar o justo e o injusto, a possuir o sentimento do bem e do mal.⁽⁴⁴⁾ Para *HOBBS*, o homem, no estado de natureza, é egoísta e inclinado a agredir os outros, em face de sua insaciedade, o que, nesse estado, condena-o a viver solitário, de forma animalesca e breve, em uma permanente guerra de todos contra todos.⁽⁴⁵⁾

Em que pese a conclusão de alguns contratualistas⁽⁴⁶⁾, predomina nas ciências sociais o pensamento que parece convergir no entendimento de que, desde sempre, os homens vivem em sociedade — ideia de sociedade natural. Mesmo os que divergem sobre desde quando o homem

(42) In: Gn 4.17. O texto bíblico chama esta cidade de Enoque.

(43) In: Gn 4. 8-16.

(44) *ARISTÓTELES*. *Política*. 2. ed. Brasília: UNB, 1988. p. 15.

(45) *HOBBS*, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2014. *HOBBS* aborda o assunto especialmente na Parte I, Capítulo XVII — Das causas, da geração e da definição de um Estado. A respeito, *HOBBS* diz: “Conferir toda a força e o poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, é o único caminho para instituir um poder comum, capaz de defender a todos das invasões estrangeiras e das injúrias que uns possam fazer aos outros, garantindo-lhes, assim, segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças ao fruto da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos; isso equivale a dizer: é preciso designar um homem ou uma assembleia de homens para representar a todos...”. In: *HOBBS*, Thomas. Ob. cit., p. 141. Sobre a opinião de *Hobbes*, ver *DALLARI*, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24-5. *DALLARI* afirma que, para *Hobbes*, quanto ao homem, por ser dotado de igualdade, “...cada um vive constantemente temeroso de que o outro venha tomar-lhe os bens ou causar-lhe algum mal, pois todos são capazes disso”.

(46) Diferentemente pensa *LOCKE*, para quem “...o estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses”. In: *LOCKE*, John. *Segundo tratado sobre o governo*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 24. *ROUSSEAU*, por sua vez, assevera que “a mais antiga de todas as sociedades e a única natural é a família. Mesmo assim os filhos só estão ligados ao pai enquanto precisam dele para sobreviver. Tão logo cessa tal necessidade, esse vínculo natural se dissolve. Os filhos, isentos de obediência que devem ao pai, o pai, isento dos cuidados que deve aos filhos, voltam a ser igualmente independentes. Se continuam unidos, não é mais naturalmente, mas voluntariamente, e a própria família só se mantém por convenção”. In: *ROUSSEAU*, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L & M, 2011. p. 24.

convive em família (para alguns, o homem, por muito tempo, na pré-história⁽⁴⁷⁾, viveu em hordas) concluem que o ser humano sempre viveu em sociedade.⁽⁴⁸⁾

Todavia, dados paleontológicos e paleoetnológicos parecem não ser suficientes para lançar luz sobre as sociedades humanas na pré-história e os etnólogos entram em cena para trazer os elementos presentes nas chamadas sociedades selvagens contemporâneas⁽⁴⁹⁾, nas regiões boreais (esquimós, iakoutes, tchuktehis etc.), equatoriais (congos, melanésios, australianos, vedas do Ceilão, mincípios de Andaman, aborígenes da Índia Central), populações nômades (quirguizes, turcomanos, árabes da Argélia); sedentários (mois da Indochina, cabilas, ossetos do Cáucaso, sudaneses, polinesianos); povos estacionários do subcontinente indiano e do extremo oriente; e populações indígenas da América.⁽⁵⁰⁾

Em que pese a concordância da vida gregária, bem como sobre o modo de vida no período paleolítico, até cerca de 10.000 anos atrás, provavelmente com instrumentos e ferramentas feitos a partir de pedaços de ossos e pedras e com a primeira divisão do trabalho, em que, talvez, homens se dedicassem à caça e pesca e as mulheres à colheita de frutos e cereais silvestres (ao que também se chama apenas de divisão de tarefas, e não de trabalho⁽⁵¹⁾), pouco se sabe sobre os seus costumes, que possa conduzir à compreensão da sociedade humana no paleolítico, que não seja enfocado, sobretudo, pelos estudos das sociedades primitivas de hoje, consideradas estacionárias. Os indígenas isolados na América do Sul, por exemplo, que vivem da caça e pesca e da colheita de frutos, parecem comprovar que os povos que não conheciam a escrita, nem o metal, viviam em grupos que solucionavam seus conflitos, em geral, por meio da separação do infrator do meio social, bem como, em face da gravidade do delito ou da insubmissão à sociedade, à punição por meio das mais variadas formas de vingança privada ou coletiva.

Estes traços, ainda encontrados hoje em determinados povos indígenas que usam instrumentos de pedra e de madeira⁽⁵²⁾, levam a crer que não havia, nas sociedades pré-históricas do paleolítico, julgamentos por juízes, mesmo que leigos ou sacerdotes, sobretudo das questões não penais.⁽⁵³⁾

(47) A expressão pré-história é questionável. BLOCH afirma que não há sociedade fora da história. In: BLOCH, Marc. *Introdução à História*. Lisboa: Europa-América, 1997.

(48) O instinto de sociabilidade, nesse viés, é inato. Nesse sentido: ARISTÓTELES. Ob. cit., p. 15; e CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*: Livro Primeiro, XXVI. In: <<http://ebooksbrasil.org/elibris/darepublica.html>>. Acesso em: 12 set. 2018.

(49) Está-se no campo do chamado Direito Arcaico: o Direito das sociedades de tipo arcaico — “e entre elas compreendemos também as sociedades “primitivas” ainda existentes que apresentem as características correspondentes — fundamentam-se no princípio do parentesco”. In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 184. LUHMANN, utilizando-se de manancial teórico da História do Direito e da Etnologia do Direito, com base em uma perspectiva histórica e de comparação cultural, classifica o Direito em: Direito Arcaico — povos sem escrita; Direito Antigo — primeiras civilizações urbanas; e Direito Moderno — sociedades posteriores às Revoluções Francesa e Americana. Ver também: PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito e sociedade no Oriente antigo*. In: WOLKER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 33.

(50) GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 29.

(51) HESPANHA, António Manuel. Ob. cit., p. 61.

(52) Em sua carta, de 1500, Pero Vaz de Caminha descreve os indígenas do primeiro contato português, no descobrimento do Brasil, já assim, sem metais e, praticamente, sem agricultura, salvo a cultura da mandioca. In: A Carta de Pero Vaz de Caminha. Ministério da Cultura — Fundação Biblioteca Nacional — Departamento Nacional do Livro. In: <<http://objdigital.bn.br>>. Acesso em: 28 nov. 2015. Sobre uma etnografia mais recente dos indígenas da Amazônia, no início do século XX, que demonstra que as condições eram as mesmas referidas na Carta de Pero Vaz de Caminha, ver: TASTEVIN, Constant. *Coletânea de textos*. In: FAULHABER, Priscila; MONSERRAT, Ruth (Orgs.). *Tastevin e a etnografia indígena*. Petrópolis: FINEP, 1987.

(53) HESPANHA fala que, diferentemente do que muitos contratualistas pensam, os homens desde as sociedades primitivas pré-históricas convivem em sociedade de um modo bastante regrado, nas quais o direito (consuetudinário) abrange os pormenores da vida familiar, em que o indivíduo encontra-se numa emaranhada rede de direitos e deveres. O autor aponta a proibição do incesto como uma regra já deste tempo. Ademais, afirma que, com base em Platão, a literatura grega já informa que no extremo ocidental do Mediterrâneo, em meio ao povo chamado

Nas mais graves — penais, estas eram solucionadas pela vingança privada⁽⁵⁴⁾ ou coletiva, com a morte, abandono ou expulsão do infrator. Nas sociedades pré-históricas em que os homens eram nômades e viviam da caça e pesca, ao que parece, a solução dos conflitos se dava muito por fragmentação do grupo. Sem apego à propriedade, por razões óbvias, o litígio levava ao abandono do “rebelde” à sua própria sorte ou à fuga, para evitar sanções de acordo com os costumes do grupo, e, muitas vezes, à morte. O excluído tentaria sua sorte em outro grupo, poderia voltar depois de um tempo de exclusão e ser aceite novamente ou morrer diante das intempéries.

No período neolítico (até cerca de 5.000 anos a.C.), que se inicia com a revolução agrícola, os arqueólogos indicam que, provavelmente, um clima mais seco e, por vezes, árido, na região hoje chamada Curdistão e Iraque, exigiu uma maior participação da mulher no trabalho, a criar animais e a cultivar cereais até então silvestres. Nesse período, com a sedentarização, surgem as aldeias e, em um determinado momento, as cidades, e se inicia, provavelmente, há sete mil anos, o uso de metais, inclusive do bronze.

No neolítico, *BOUZON* assegura que pesquisas arqueológicas na região da Baixa Mesopotâmia (escavações) comprovaram⁽⁵⁵⁾ que a comunidade aldeã neolítica era organizada de maneira bastante simples. Os chefes das diferentes famílias que constituíam a aldeia tinham o poder decisório (anciãos). Na aldeia neolítica, as atividades, inclusive as não diretamente ligadas à produção de alimentos, como a tecelagem e a cerâmica, eram realizadas pelas famílias, que eram, sobretudo, unidades produtoras de alimentos. Essa economia, designada de economia do tipo *oikos* (sumério = casa), era, essencialmente, de subsistência, baseada na reciprocidade.⁽⁵⁶⁾

Também aqui as sociedades estacionárias de hoje podem iluminar a compreensão, por meio do estudo de povos em situações semelhantes nos dias atuais ou, ainda que extintos, que foram pesquisados por historiadores ou etnólogos no tempo em que ainda existiam. Assim, certos povos sedentários, como povos indígenas da América do Sul, trazem elementos que demonstram o recurso a meios de solução de conflitos que não a mera vingança privada sem a submissão do infrator a um juiz (chefe ou sacerdote, ou a um conselho). Um processo costumeiro tribal de análise da situação, para a posterior aplicação da pena, parece ser a regra, ainda que tal exame seja feito, praticamente, de imediato à ocorrência do fato.

Em verdade, a sedentarização leva a uma convivência necessária entre as pessoas da aldeia. O modo de vida sedentário exclui, praticamente, as hipóteses frequentes de divisões, com a saída, expulsão ou fuga do infrator e suas famílias para a exploração de outras áreas da floresta, para caçar ou pescar, distanciando-se do grupo que integravam (forma de solução do problema no

Atlantes, reis-juizes aplicavam o direito, sendo que o juiz também se confundia com o sacerdote. In: Ob. cit., p. 66-7.

(54) KELSEN afirma que, na origem da sociedade, esta “não conhece outras sanções que as religiosas, ou seja, as que emanam de uma entidade sobre-humana. Apenas mais tarde, pelo menos dentro do grupo mais estreito, aparecem, lado a lado com as sanções transcendentais, as sanções socialmente imanentes, ou seja, organizadas, sanções a serem executadas por um indivíduo determinado pela ordem social de acordo com as disposições dessa ordem. Nas relações entre diferentes grupos, a vingança de sangue aparece bem cedo como uma reação socialmente organizada contra um dano considerado injustificado e atribuível a um membro de um grupo alienígena. O grupo do qual parte essa reação é uma comunidade baseada numa relação de sangue. A reação é induzida pelo medo da alma da pessoa assassinada. Aparentemente, esta última não pode se vingar de seu assassino, caso ele pertença a um grupo alienígena. Portanto, ele compele seus parentes a executar a vingança. A sanção organizada socialmente desse modo é ela própria garantida por uma sanção transcendental. Os que fracassam em vingar a morte de seu parente na pessoa do assassino estrangeiro e de seu grupo são ameaçados com doença e morte pela alma do homem assassinado. Ao que tudo indica, a vingança de sangue é a mais antiga sanção socialmente organizada”. In: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 23-4.

(55) BOUZON, Emanuel. Propriedade e economia na antiga Babilônia até ao império de Hammurabi. In: *Revista do Instituto Oriental da Universidade de Lisboa*, 2003, n. 13, p. 27. O autor menciona que existe abundante documentação encontrada nas escavações, com um grande número de tábuas de argila.

(56) Ob. cit., p. 27-8.

paleolítico ou em sociedades nômades estacionárias). O homem sedentário dá mais valor à posse, à propriedade, ao mundo construído pelo homem, ainda que rudimentar, o que, em verdade, lhe dá identidade. Assim, as pessoas, nas aldeias, não estão mais, em geral, dispostas a tomar atitudes meramente violentas — sem uma decisão que legitime a sanção — contra os seus membros, pois o ato de mera violência conduz a outro de igual matiz. Nas sociedades primitivas de caçadores, em regra se resolvia o conflito com a separação. Nas primitivas sedentárias, havia uma maior complexidade, exigindo um comportamento social diferente no trato dos conflitos.⁽⁵⁷⁾

Nas sociedades agrícolas, as primeiras instituições jurídicas começam a definir a existência de juízes e, de uma certa forma, de um procedimento, em cada lugar e tempo da história. Em torno do sacerdote ou de um chefe, que, em geral, também era guia espiritual, o grupo se harmonizava e se unia, ao observar regras costumeiras, repetidas de geração em geração, as quais, quando rompidas, conduziam à atuação do juiz (ou de um conselho) e à solução dos litígios. A tradição legitimava a organização social, por meio de um equilíbrio obtido por um modo de proceder que conduzia à pacificação da sociedade. Quando este sistema costumeiro era desrespeitado, a ordem era mantida através de julgamento dos infratores.

Com a organização da sociedade em famílias patriarcais e estas em clãs, os conflitos eram resolvidos dentro de casa, pelos *paterfamilias*. A justiça familiar ou gentílica, como bem definiu GROPPALI, não assumiu a forma específica de vingança.⁽⁵⁸⁾ Caso ultrapassassem o limite do lar, os conflitos eram solucionados por meio de sacerdote ou conselho de anciãos (sacerdotes — conjunto de *paterfamilias*), uma vez que a religião era baseada na própria casa (o *paterfamilias* também era o guia espiritual). Quando ultrapassavam os interesses de uma família, as reuniões para julgamento ocorriam à porta da cidade, na frente de templos ou em algum lugar costumeiro.

Este sistema, quiçá, surgiu ainda no período neolítico, antes mesmo da escrita. É o que parecem revelar os achados arqueológicos na Mesopotâmia e as sociedades contemporâneas estacionárias⁽⁵⁹⁾, ágrafas. Como exemplo bem conhecido, os povos indígenas⁽⁶⁰⁾ da América do Sul, sobretudo do Brasil, em que se vê a solução de litígios por meio de Conselhos⁽⁶¹⁾ integrados

(57) SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 40. No mesmo sentido: PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Ob. cit., p. 44.

(58) GROPPALI, Alexandre. Ob. cit., p. 83.

(59) A expressão “estacionária” não é bem vista em antropologia, que considera toda sociedade dinâmica. O art. 215 da Constituição Federal brasileira define que as populações indígenas são parte integrante do processo civilizatório nacional, juntamente com os afro-brasileiros e outros grupos étnicos que formam a nação brasileira.

(60) A palavra “índigena” é uma expressão oficial do Direito brasileiro, é a mais usada e hoje preferível para se referir aos “índios”, já que esta expressão parece ter sido atribuída, originalmente, aos habitantes das Índias e não aos povos tradicionais da América. A respeito, o art. 22 da Constituição Federal brasileira, que prescreve: “Compete privativamente à União legislar sobre: ... XVII — populações indígenas”. Não obstante, a Constituição brasileira também usa a expressão “índios” (art. 20, XI).

(61) Sobre a solução de conflitos, por exemplo, entre os guaranis, um dos maiores povos indígenas da América Latina, com ramificações em países como Brasil, Argentina e Paraguai, MACHADO diz o seguinte: “o direito e a justiça se apresentavam diante do caso, para dirimi-lo; isso ocorria nos *aty guassu...*” (grande conselho), “...convocado toda vez que ocorria um desequilíbrio na harmonia do convívio social. Os preceitos desse ordenamento gravitam em torno do ser guarani, por isso a melhor tradução do termo Direito é a expressão *nhande repy*. Assim, o delito quase sempre não era outra coisa senão uma transgressão ao preceito religioso e o juízo é de cunho holístico... Sempre houve, no sistema jurídico indígena, procedimentos com medidas inibidoras e os procedimentos com medidas punitivas. O primeiro ficava no âmbito do fuxico, que, ridicularizando o indivíduo, o inibe; o segundo nasce com a sentença prolatada no *aty guassu*, mas poderia ser ditada pelo conselho do *tekoha...*” (local onde se pratica o modo certo de se viver) “...caso fosse de menor potencial ofensivo [...]. A instância na qual ocorre a aplicação do Direito é chamada de *Aty Guassu* (grande assembleia); ordenamento jurídico originado nos mitos, na religião e nos princípios que norteiam o modo de vida e a relação do guarani com a natureza. É aqui nominado de ordenamento jurídico-religioso-político [...]. Ocorrendo uma ruptura no círculo da convivência, quando o equilíbrio era ameaçado pelo ato de alguém, pondo em risco a segurança e a paz, em razão da não observação dos princípios religiosos, convocava-se o *Aty Guassú Nhande Repy* [...]. Ao final, julgado o caso de acordo com o juízo de valor guarani, prola-

pelos anciãos ou pelos considerados mais sábios. MACHADO afirma que o conselho dos anciãos ou o conselho dos chefes de família grande dos povos guaranis constitui uma instância cujas deliberações

tada e cumprida a sentença, se recompõe o rompimento havido no círculo do equilíbrio, através dos preceitos religiosos concretizados no *aty guassu*; é a esfera do juízo holístico. Não se quer apenar o infrator, o causador do delito, espera-se recompor o equilíbrio no círculo das forças terrenas e espirituais [...]. É nesse tempo jurídico (que pode ser equiparado à fase de instrução do processo judicial), que é lembrado a todos do *tekoha* o que é ser um verdadeiro guarani, a importância de conhecer, respeitar e não violar os preceitos advindos do mito, da religião, a razão de se levar em conta os tabus, a importância do significado dos atos ali praticados, o porquê de estar acontecendo esse *aty guassu*. No desenrolar do ritual holístico, o poder da palavra assopra as cinzas do esquecimento, reavivando as brasas da memória viva guarani. A ruptura vai ser restaurada por meio dos preceitos jurídicos ditados pela religião. Entre os atos que ensejam o desequilíbrio estão: o estupro, incesto, rapto de mulheres, adultério, feitiçaria, homicídio, danos à propriedade privada ou comunal, injúria aos líderes, revelação de segredos rituais e outros [...]. A instância onde se realiza este julgamento é uma grande assembleia da qual participam todos os membros adultos da comunidade, para deliberarem acerca da forma mais adequada de restaurar o equilíbrio rompido. A ele acorrem lideranças e membros de outras comunidades guarani. Várias audiências se sucedem, com o pronunciamento de discursos possuidores de elementos sagrados e fórmulas rituais, os cânticos que fazem referência às normas de vida correta e aos valores comunitários. Neste sentido, o caráter religioso no *aty guassu* corresponde a um dispositivo acionado diante de uma anormalidade identificada pelos guaranis[...]. A função do julgamento é mais ampla que a aplicação da lei em si, além de medir o dano gerado pelo delito, com a apresentação de provas, depoimentos de testemunhas, dos envolvidos e dos familiares da vítima, cria-se um *locus* de recordação das fórmulas precisas dos valores da comunidade e se renova o pacto social e místico. Quando se estabelece um castigo a partir do julgamento, alcançam-se dois propósitos: a solução imediata do conflito e a reconciliação da comunidade com os espíritos protetores. Estas recomposições das dimensões sociais e religiosas concretizam o *teko katu marangatu* (a verdadeira forma de viver)". In: MACHADO, Almiros Martinms. *De Direito indigenista a Direitos indígenas: desdobramento da arte do enfrentamento*. Dissertação. Belém: UFPA, 2009. p. 37-64. No mesmo sentido, sobre a organização da função de julgar dos guaranis na Argentina, utilizando-se a expressão *aty Guassu*, MOREIRA assegura que o julgamento é: "una liturgia que conecta los dos mundos: el sagrado y el profano; b) las penas más graves eran aplicadas generalmente con equivalente medida, aunque existían alternativas como la suspensión de la pena o que sus ejecutores se rehúsen a cumplirla. Las penas más leves eran discernidas como trabajo comunitario; c) la asamblea de juicio se realizaba mediante una reunión donde participaba toda la comunidad del lugar del hecho, las máximas autoridades religiosas políticas; d) no existían jueces o tribunales como los conocemos, pero sin funciones judiciales; en los conflictos menores el cacique resolvía sumariamente, en los casos graves debía convocarse una asamblea; la participación colectiva no se traduce en un ejercicio del poder mediante el sufragio, ya que la aplicación de la sanción solamente podía ser decidida por las máximas autoridades; e) no se conocía la pena de prisión, aunque el condenado podría ser objeto de una vigilancia discreta y constante hasta haber cumplido la totalidad de las obligaciones impuestas o luego de haber padecido la pena aplicada con el azote". Nada obstante, MOREIRA afirma que a administração da justiça própria tem diminuído gradualmente, com a perda da característica coletiva dos procedimentos, com a imposição de mecanismos judiciais estranhos e, hoje, praticamente, a justiça indígena se restringe a questões domésticas ou crimes de menor potencial, como o roubo, atuando a justiça estatal no caso de homicídio. In: MOREIRA, Manoel. *La cultura jurídica guarani*. Buenos Aires: Antropofagia, 2005. p. 114-5. Estes exemplos demonstram a tolerância do Estado brasileiro ou argentino, ou mesmo uma existência à margem do direito posto nesses julgamentos, nos dias atuais. No caso brasileiro, há previsão, no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, proibindo que cidadãos, dentre os quais se incluem, por óbvio, os de origem indígena, tenham excluída do Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito. Contudo, no Brasil, há caso que demonstra uma certa pluralidade: o chamado Caso Basílio, em que a Justiça brasileira considerou que a aplicação de pena pela comunidade indígena Macuxi ao índio Basílio Alves Salomão, pela prática de homicídio, o isentou da imposição de pena pelo Direito estatal. Levado a júri popular pela Justiça brasileira, em maio de 2000, Basílio foi absolvido. O fundamento de sua absolvição não foi a ausência de materialidade ou a não comprovação da autoria, pois consta da decisão que Basílio desferiu o golpe de arma branca que causou a morte da vítima, mas o fato de Basílio ter sido julgado e condenado antes segundo os costumes de sua comunidade indígena, o que foi considerado suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça Federal brasileira. Sobre a pena aplicada muitos anos antes do julgamento pela Justiça estatal brasileira, sabe-se que: "Os Tuxauas reuniram-se, discutiram e decidiram o destino de Basílio: o desterro, durante o qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo". In: SOUZA, Estella Libardi de. *Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos*. Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho. 4 — Diversidade, Identidades e Culturas Latino-americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008. No site: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

auxiliam na resolução de problemas do cotidiano, no estabelecimento das compensações pelas perdas sofridas (roubo, furto, negligência, feitiço) e nas indenizações devidas (fogo provocado, animais mortos na lavoura, trocas não cumpridas), para evitar vinganças futuras.⁽⁶²⁾ Da mesma forma, estudos do século XIX revelam, sobre povos indígenas norte-americanos, como os cheyennes.⁽⁶³⁾

ENGELS também menciona a existência desses conselhos entre os iroqueses norte-americanos, que tinham o encargo de manter relações, quando houvesse necessidade, entre tribos distintas.⁽⁶⁴⁾ E esta fórmula se capilarizava nas unidades menores de organização dos iroqueses. Como diz ENGELS, e aqui parece que as pesquisas de OSCO vão também nessa direção, é comum no meio indígena americano em geral essa forma de julgamento. ENGELS diz que, dos laços de sangue na *gens*, nasceu a obrigatoriedade da vingança, reconhecida integralmente pelos iroqueses. Se um estranho mata um dos membros da *gens*, todos os outros estavam obrigados a vingá-lo. Procurava-se, primeiro, uma mediação. A seguir, a *gens* do assassino se reunia em conselho e fazia propostas de solução pacífica à *gens* da vítima, oferecendo, quase sempre, a expressão do seu pesar e alguns valiosos presentes. Se estes fossem aceitos, o assunto estava encerrado. Em caso contrário, a *gens* ofendida designava um ou mais vingadores, cujo dever era perseguir e matar o assassino, não havendo, em geral, oposição da *gens* em que habitava o ofensor. Se isto acontecia, a *gens* deste último não tinha qualquer direito a queixar-se — estavam acertadas as contas.⁽⁶⁵⁾

ENGELS acrescenta que a *gens* tinha um conselho que decidia o preço de sangue ou a vingança pelo assassinato de um membro da *gens*, quando o ofensor era integrante da mesma *gens* da vítima. Mais à frente, falando da tribo como um conjunto de *gens*, complementa que, se, na tribo, se cometia um homicídio, e o assassino e a vítima pertenciam à mesma fratria (conjunto de *gens* de origem comum), a *gens* ofendida apelava frequentemente para as suas *gens* irmãs, que celebravam um conselho de fratria e se dirigiam à outra fratria como corporação, com o objetivo de que por esta fosse igualmente convocado um conselho para se resolver o assunto. Neste caso, a fratria aparece como a *gens* primitiva, e com muito maiores probabilidades de êxito que a *gens* sozinha, “sua filha, mais débil”.⁽⁶⁶⁾

(62) OSCO, analisando a administração da justiça no meio dos Aymarás na Bolívia, afirma que se o problema a solucionar estiver no âmbito da menor justiça, resolve-se mediante conciliação e arbitragem entre as partes, para a resolução de delitos menores, que sucedem no âmbito privado (justiça menor) e não alteram a ordem coletiva. As sanções implicam em multa em dinheiro e se fixam mediante a assinatura de atas de boa conduta, quase sempre antecipando uma multa alta em caso de reincidência. Se o conflito pertence à alta justiça (justiça maior), aplica-se diretamente a sentença determinada por consenso na assembleia comunal. OSCO diz: “El derecho indígena se inscribe en una trilogía de fundamentos imperativamente imbricados: sanción moral, sanción social y sanción jurídica, que en sus niveles de justicia mayor y menor presentan eficacia jurídica por voluntad de la Asamblea General, como principal órgano soberano del ayllu o la marca. Esta es una institución jurídica superior, especializada en conocer los delitos mayores o jach’a jucha, como el robo, asesinato, adulterio o otros; y aplicar la pertinente sanción mayor o jach’a justicia. Igualmente, instituye el nivel de justicia menor o jisk’a justicia sujeto al control de las autoridades, como instancias delegadas para la administración de delitos menores o jisk’a jucha, o resolución de conflictos entre privados”. In: OSCO, Marcelo Fernandez. La ley del ayllu: justicia de acuerdos. In: Tinkazos — *Revista Bolivariana de Ciencias Sociales*. Bogotá, junho de 2001, n. 9, p. 15. Cabe destacar que há, na Constituição da Bolívia em vigor, dispositivo que define a prevalência da jurisdição indígena na resolução de conflitos no respectivo território (art. 308, 8), o que não ocorre no Brasil e na Argentina, por exemplo. In: BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Povos indígenas e cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina. In: *Revista de Antropologia*, São Paulo, USP, 2010, v. 53, n. 2, p. 731.

(63) SHIRLEY, Robert Weaver. Ob. cit., p. 48.

(64) ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 93. ENGELS informa que nas tribos norte-americanas não foi encontrado qualquer chefe (sachen) com poder executivo nos moldes do Direito ocidental, na classificação de Montesquieu. In: Ob. cit., p. 94.

(65) ENGELS, Friederich. Ob. cit., p. 88.

(66) Ob. cit., p. 89 e 91.

Claro que no final do neolítico, se os representantes das famílias também fossem líderes espirituais⁽⁶⁷⁾, as reuniões de julgamento na aldeia ou de aldeias ou tribos em conjunto as congregavam também, formando um conselho, na aldeia mais constante e entre aldeias ou tribos de forma circunstancial, por meio do qual questões de interesse comum eram julgadas, solucionando-se os conflitos.⁽⁶⁸⁾ Com isso, as comunidades eram harmonizadas, havia paz e se possibilitava o crescimento econômico, ampliando-se o grupo, a permitir a formação, em um dado momento, das cidades.

Nas cidades⁽⁶⁹⁾, em face da religião comum, os *paterfamilias* se reuniam, sob a coordenação de um líder espiritual que de algum modo ganhava proeminência no grupo, que foi chamado de rei. Esta figura, provavelmente, surgiu para participar da dirimção de conflitos que ultrapassavam os limites das aldeias que se reuniam em cidade. Corroborar este entendimento a origem etimológica da expressão *king*, *v. g.*, que não deriva de soberano, mas de juiz sagrado, que dirimia conflitos. Dependendo da gravidade do litígio, o rei apenas coordenava o Conselho dos Anciãos ou o Grande Conselho, que decidia as questões mais importantes para a comunidade. O sistema de organização da função de julgar, portanto, vai possibilitar que a sociedade fique mais poderosa politicamente, a permitir que o agrupamento social cresça sem maiores cismas ou conflitos internos sangrentos, a evitar a fragmentação.

O respeito aos costumes, às crenças e às tradições era essencial para a sobrevivência do grupo e a sua inobservância levava à necessidade de restauração da situação violada. De início, em respeito aos princípios religiosos. Acreditava-se (e ainda se acredita, em algumas sociedades) que o mundo espiritual se levantaria contra a sociedade, caso não houvesse restauração.⁽⁷⁰⁾ Era a comunidade diretamente, a própria vítima ou sua família quem executava a decisão, dependendo da extensão do ilícito.

Certamente, de início, apenas as questões que transcendiam em importância ao ambiente doméstico eram levadas, obrigatoriamente, ao Conselho, ante a repercussão social do ilícito, evitando-se a fragmentação do grupo social. As questões menores, que ultrapassavam os limites da família ou do clã, eram postas voluntariamente pelos interessados à solução daqueles que tinham, pela tradição, a competência para tal. Submetido à decisão desse árbitro tradicional, um sábio ou

(67) Este tipo de dominação é chamado por WEBER de tradicional, em que a obediência decorre da dignidade da pessoa do senhor, santificada pela tradição. A violação da tradição põe em risco o domínio, o qual repousa exclusivamente na santidade das ordens do senhor, daí o dever de fidelidade, inculcado pela educação e pelo hábito. Os litígios são resolvidos com base em princípios, de equidade ética material, da justiça ou da utilidade prática, sem nada de caráter formal. A dominação patriarcal é o tipo mais puro de dominação tradicional. A associação doméstica é a célula reprodutora das relações tradicionais de domínio. Falta direito formal, predominando os princípios materiais na administração e na conciliação dos litígios. O patriarca decide segundo princípios da "justiça do Cadi" (islâmico), preso à tradição, por um lado, e, por outro, conforme pontos de vista juridicamente informais e irracionais de equidade e justiça em cada caso particular, e com "consideração pessoal", a predominar uma combinação de princípios ético-sociais e utilitário-sociais, que não se enquadra na rigidez jurídica formal. Assim, WEBER traça a distinção entre a justiça da aldeia oriental, em oposição à justiça pessoal burocrática. A respeito, ver: WEBER, Max. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 2003. p. 131-4.

(68) LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonard, 2002. p. 30. LOPES afirma que a Bíblia traz em seu bojo o modelo de justiça oriental, a justiça das aldeias de cunho familiar patriarcal. In: Ob. cit., p. 16.

(69) COULANGES assegura que a expressão cidade deriva de *civitas* e significa uma associação (laço) religiosa e política das famílias e das tribos. *Civitas*, portanto, é algo vinculado a um sentimento e a um pacto. In: COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 150.

(70) GROPPALI afirma que os homens primitivos acreditavam que os espíritos, quanto às ações dos vivos, estavam "prontos para vinganças e punições, como mortes imprevistas, epidemias, carestias etc., que se acreditam consequência da ira". In: GROPPALI, Alexandre. Ob. cit., p. 76. No mesmo sentido, GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 35. Daí a necessidade de restauração, como se vê em MACHADO, o qual mostra que os povos indígenas, em especial os guaranis brasileiros, ainda hoje assim acreditam. In: Ob. cit., p. 52.

ancião, ou a um conjunto deles, em geral a decisão era cumprida voluntariamente, a pena de sanções comunitárias, como a difamação do infrator, ou a vingança privada da vítima ou de sua família.

Claro que este modelo não foi único, mas parece ter sido o fio condutor para as sociedades mais desenvolvidas juridicamente que foram surgindo. Com o equacionamento dessa função, permitiu-se, como se disse, a expansão econômica e o agrupamento de mais pessoas, mitigando-se a barbárie do ambiente interno, o que, provavelmente, permitiu o surgimento e crescimento das primeiras cidades.

GILISSEN afirma que os vestígios pré-históricos, não obstante permitam ao especialista a reconstrução, de uma maneira aproximativa, da evolução militar, social, econômica e artística de certos agrupamentos sociais, não fornecem indicativos úteis de suas instituições. Do mesmo modo, o chamado estudo das sobrevivências — instituições ou aspectos que parecem vir de tempos imemoriáveis e perduram nos dias atuais⁽⁷¹⁾, ou a reconstituição do Direito de um povo do passado pelo estudo de vestígios encontrados em escritos a eles posteriores mas que lhes fizeram referências, também não são tão confiáveis assim, criticando-se as tentativas de reconstituição. Para ele, estas reconstituições são muito hipotéticas. Por outro lado, o autor mencionado assegura que o método decorrente do estudo dos povos que vivem atualmente em um estado arcaico de organização social e política, e que não conhecem a escrita ainda, ou que não a conheciam em uma época relativamente recente, apresenta certos perigos, pois o contato desses povos com os europeus revela que não se pode encontrar primitivo em estado puro.⁽⁷²⁾

Em verdade, não obstante haja dúvidas sobre o Direito, e até mesmo da existência dele, nas sociedades pré-históricas, bem como de sua origem, com a subjacente conclusão, para muitos, de que tudo é hipotético nesse período, é provável que, mesmo em sociedades acéfalas, em que não haja qualquer chefe, a figura do juiz ou de alguém que se lhe assemelhe já se encontrava presente.

O exemplo conhecido é o da sociedade Infugao, definida como um povo sem chefe. Nessa sociedade, todavia, há uma função, a única de cunho jurídico, que extrapola o limite familiar, o *monkaem*. Trata-se de um árbitro ou mediador, que não é ligado à religião ou ao Estado. Ele é pago pelas famílias para a solução de conflitos. Apesar de não tomar uma decisão direta na solução do conflito, faz uso de métodos para convencer os envolvidos, inclusive ordálios, os quais persuadem os litigantes a aceitarem a solução que propõe ou a chegarem a uma solução consensual.⁽⁷³⁾

Não resta dúvida que, mesmo antes da escrita, já existiam sociedades com razoável desenvolvimento jurídico, como exemplo, os maias e os incas na América. Ademais, o fato de haver, hoje, povos com sistemas jurídicos sem qualquer complexidade também demonstra que o critério cronológico revela-se, talvez, frágil. Por isso, LUHMANN, em razão de sua teoria, classifica o Direito arcaico como o encontrado em sociedades menos complexas, inclusive atuais, em que praticamente não se faz presente a diferenciação de processos, de sistemas de interação, realizados para a seleção das decisões jurídicas. Assim, não existem os procedimentos, como sistemas sociais orientados para um fim, aos quais são atribuídas funções especiais de elaboração de decisões vinculativas, com a institucionalização de processos realmente decisórios, o que somente vai apa-

(71) GROPPALI menciona que uma das principais fontes de estudo nesse tema são as chamadas sobrevivências, uma fonte indireta, que o autor exemplifica como o exame do "...*mir* russo, do *almenden* suíço, da *partecipanze* italiana, que representam os últimos vestígios da propriedade coletiva, que, em tempos, prevaleceu...". In: GROPPALI, Alexandre. Ob. cit., p. 32. GILISSEN, por sua vez, alerta: "... se tentou reconstruir o antigo direito germânico com o auxílio em escritos posteriores às migrações germanas para a Europa no século V, ou o mais antigo Direito Romano com o auxílio dos vestígios por ele deixados nos escritos da época clássica da história jurídica de Roma. Estas reconstruções são muito hipotéticas; é como se tentássemos reconstruir o direito dos séculos XVI e XVII, ou seja, da época de Carlos V ou de Luís XVI, com o auxílio de vestígios que dele encontramos hoje no nosso direito". In: GILISSEN, John. Ob. cit., p. 32.

(72) Ob. cit., p. 32.

(73) SHIRLEY, Robert Weaver. Ob. cit., p. 51.

recer quando o sistema político definiu-se, a seu ver, de forma separada de outros sistemas sociais, em especial do sistema de parentesco. Sua classificação do Direito baseia-se, portanto, na observação para a detecção da existência ou não de processos decisórios de cunho jurídico e se eles se referem apenas à aplicação do Direito ou também à legislação. O decisivo, em sua distinção, não é o aspecto cronológico, mas o grau relativo de desenvolvimento.⁽⁷⁴⁾

O princípio do parentesco limita essas sociedades de Direito arcaico a uma complexidade relativamente reduzida e que, no essencial, não pode ser ampliada, mas apenas repetida. Nas disputas jurídicas, não se pode olvidar quem são os envolvidos, quanto aos seus antepassados, propriedades, prestígio e séquito. A estrutura social e a distribuição do poder são o apoio da função da arbitragem e da pacificação dos conflitos, em face da proximidade do Direito com o poder: o Direito está em contato direto com os processos elementares de sua formação, o que pode, a qualquer momento, esvaziá-lo ou multiplicá-lo em razão de expectativas concretas. Assim, a norma não tem uma vigência absoluta, havendo uma relativa facilidade de a vindita ou a pena de morte ser resgatada pela compra. O Direito não resulta em uma alternativa forçosa do tipo certo/errado, tudo/nada.⁽⁷⁵⁾

No entanto, nota-se que estas características são comuns em povos sem escrita, não obstante haja exceções, como as já mencionadas. Os registros arqueológicos de povos antigos, já com a escrita, revelam o Direito de povos que têm alguma ligação histórica com o Direito Ocidental. Assim, o Direito de povos do Crescente Fértil influenciou o Direito dos hititas, que teria, por seu turno, inspirado alguns institutos do Direito grego. Da mesma forma, o Direito egípcio também, de algum modo, influenciou o Direito grego e o Direito romano.⁽⁷⁶⁾

Não se nega, por outro lado, que os romanos sempre afirmaram que receberam a tradição do pensamento grego e que há quem diga que os romanos foram à Grécia para buscar elementos nas leis de Sólon para a prática legislativa em Roma. Ademais, a cultura mesopotâmica influenciou Abraão (nascido em Ur), iniciador do povo hebreu, do qual advém Jesus, sendo certo que os padrões judaico-cristãos repercutiram grandemente no Direito Romano, o qual refletiu, como influência solar, em todo o Direito europeu continental e nos países latino-americanos e, também, embora não com a mesma intensidade, no Direito dos povos anglo-saxônicos, valendo ressaltar que os países europeus e americanos, quase todos, sofreram grande influência do cristianismo, baseado nas ideias de Jesus, um judeu. Esta é a razão de serem tratados, nos itens seguintes, os povos mesopotâmicos, egípcio, hebreu, romano e grego, que, de alguma forma, são os povos que originaram a cultura ocidental e guardam, de alguma maneira, relação entre si.⁽⁷⁷⁾

O percurso histórico, que se continuará adiante, quiçá revele aspectos do poder jurídico-político na história que importam para a análise principal desse trabalho, sobre jurisdição.

1.2. Os mesopotâmicos e as várias justiças

Na chamada Idade do Gelo, grande parte da Europa, da Ásia e da América do Norte encontravam-se cobertas por gelo impenetrável e, na calota polar, existiam gigantescas geleiras, o que

(74) LUHMANN, Niklas. Ob. cit., p. 167-184.

(75) Ob. cit., p. 186.

(76) GILLISEN, John. Ob. cit., p. 32.

(77) ARENDT menciona o sentimento romano, de herdeiros da tradição do pensamento grego. In: ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 52-3. Por outro lado, há uma lenda que diz que os romanos foram, antes da Lei das XII Tábuas, até Atenas, pesquisar a Lei de Sólon, aprendendo a arte de legislar. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonard, 2002. p. 40. GILLISEN diz ver nos hititas "um elo de ligação entre os direitos mesopotâmicos e os direitos gregos". In: Ob. cit., p. 62. O referido autor também assegura que o Direito egípcio exerceu "considerável influência sobre o desenvolvimento dos direitos helenísticos e romanos". In: Ob. cit., p. 56.