

1

NOÇÃO DE DIREITO UNIFORME

Não é raro que o vocabulário jurídico – não obstante o esforço por criar uma linguagem precisa, pretensamente científica, e, talvez, em função deste – apresente expressões vagas e polissêmicas. As expressões vagas são aquelas cujo uso em determinado contexto é insuficiente para que o receptor reconheça o objeto entre os pertencentes a um rol imaginário ou real, sem que necessariamente exista dúvida entre objetos reconhecidos discretos.¹ As polissêmicas, por seu turno, são as que – no repertório lexical de um discurso – indicam objetos discretos.² Como veremos, é esse o caso da expressão *direito uniforme*.

-
1. Essa noção de vagueza inclui os termos ambíguos. A ambigüidade revela-se em contextos nos quais há mais de um objeto que o receptor possa tomar como denotado pela expressão. Vale ressaltar que a noção pela qual optamos não diz respeito a uma característica imanente à expressão, mas a uma situação comunicativa hipotética ou concreta.
 2. Assim, as noções de ambigüidade e polissemia são diferentes, pois a primeira efetiva-se em contextos comunicativos, ao passo que a outra está potencializada nos discursos. Se, por exemplo, ao observarmos os títulos de uma biblioteca jurídica, depararmos-nos com o título “A tradição no direito brasileiro”, poderemos duvidar se estamos diante de um livro de Sociologia do Direito ou sobre direitos reais: essa ambigüidade apenas existe porque reconhecemos o termo *tradição* como polissêmico, pois um sujeito que desconheça o sentido técnico e específico que se lhe atribui no Direito Civil estaria seguro de que se trata de um volume da primeira espécie. O reconhecimento da polissemia – ou sua construção com base na vagueza –, portanto, é condição necessária para que se configure a ambigüidade, mas não suficiente, pois o contexto pode alavancar a resolução da dúvida, por exemplo, quando observamos que o livro está na prateleira destinada às obras sobre direitos reais.

Sob a mesma denominação, a linguagem doutrinária reúne a uniformidade espontânea e a intencional – no sentido de vinculada a um objetivo –, figuras diferentes se consideramos o caráter normativo-institucional da segunda.³ Contudo, efeito, não é incomum na História do Direito que nos deparemos com a adoção em diversas comunidades, ou em unidades políticas diferentes de regulamentações semelhantes. Quando esta for mediada por uma instituição legislativa, teremos a uniformização intencional; quando não, espontânea.

Por outro lado – relativamente à uniformidade intencional –, uma dicotomia é importante: pode-se falar de direito supranacional – que pressupõe aplicabilidade direta das regras emanadas de uma autoridade única – e de direito uniforme dependente de internalização – elaborado em suas linhas gerais no âmbito internacional, mas que depende da inserção nos ordenamentos jurídicos nacionais para ter validade.⁴

Finalmente, tomando em conta os critérios de uniformidade, podemos ter direitos semanticamente uniformes – que têm o mesmo significado – e direitos formalmente uniformes – que têm a mesma origem institucional, embora nem sempre as regras pertençam a uma mesma cadeia de validade.⁵

Como o direito uniforme espontâneo é apenas possível de ser constatado com base na identidade semântica, temos as seguintes figuras reunidas sob um mesmo nome:

Direito uniforme	Espontâneo	–	Semântico
Direito uniforme	Intencional	Aplicável diretamente	Semântico
Direito uniforme	Intencional	Aplicável diretamente	Formal
Direito uniforme	Intencional	Internalizado	Semântico
Direito uniforme	Intencional	Internalizado	Formal

Nossas preocupações são voltadas, cabe esclarecer, desde logo, para o direito uniforme intencional, dependente de internalização e formal. Essa delimitação, no entanto, não torna despicienda uma análise, ainda que breve, das demais figuras.

3. Ver Capítulo 1, subseções 1.1 e 1.2.

4. Ver Capítulo 2, subseção 2.2.

5. Ver Capítulo 3.

1.1 UNIFORMIDADE ESPONTÂNEA E INTENCIONAL

Em primeiro lugar, faz sentido distinguir radicalmente o direito uniforme como resultado de uma aproximação espontânea dos conteúdos dos diversos direitos⁶ e o derivado de uma implementação intencional – voltada a um objetivo.⁷ Como exemplo do primeiro é possível mencionar o surgimento do *jus commune* de base romana apoiado na atividade dos pós-glosadores e, atualmente, da nova *lex mercatoria*. O direito uniforme intencional, por seu turno, engloba o direito uniforme criado com base em tratados internacionais e na atividade de organizações internacionais, assim como o direito comunitário europeu e os direitos federais.

Os dois tipos de processos de uniformização podem ser diferenciados pela ausência de um imperativo fundamental no primeiro, que se apresenta no segundo.

A uniformidade espontânea não parte de um comando básico, mas do assemelhamento dos modos de produção – não raro resultante da intensificação do contato entre sociedades diversas – ou da aglomeração de comunidades: é, portanto, resultado de transformações sociais. A existência de um modelo jurídico com base no qual se moldam os conteúdos dos demais direitos não é necessária, embora seja freqüente: o *jus commune* medieval toma por base o *Corpus Juris* justinianeu, a onda de codificações liberais, o *Còde Napoléon*, e, hoje, já se fala dos Princípios dos Contratos Internacionais do Unidroit como um paradigma para a nova *lex mercatoria*. Não obstante, é a mudança de estruturas socioeconômicas – não a mera existência de modelos exemplares – que permite a efetiva harmonização espontânea: a generalização do aumento da influência do juiz na aplicação da lei deve-se muito mais à disseminação do *welfare state* no segundo pós-guerra do que à divulgação de teorias jurídicas,⁸ assim como a aproximação da estrutura sociojurídica européia da americana desenvolve-se com base na integração econômica e na globalização⁹ e, mesmo no caso da nova

6. Como lembra Grau (1996a:17-18): “Produto cultural, o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal. Assim, ainda que em cada modo de produção social esteja instalado um determinado direito, peculiarizado, em cada sociedade coexistem vários modos de produção, de sorte tal que o direito de cada sociedade resulta da coexistência, nela, de vários modos de produção. (...) Daí por que, embora se possa referir a um direito do modo de produção capitalista, em cada sociedade se manifesta um determinado direito, diverso e distinto dos outros direitos, que se manifestam em outras sociedades.” Ver também Grau (1996b:79-80).

7. Dolinger (1996:31 ss) entende que seria mais apropriada a terminologia que se refere ao direito espontaneamente uniforme como direito uniforme e, ao originado em convenções internacionais, como direito uniformizado.

8. Cappelletti (1993:34-67).

9. Dezalay & Trubek (1996, *passim*).

lex mercatoria, a busca generalizada de soluções que diminuam o risco contratual, efetivamente, é que embasa o processo de concretização de regras internacionais eficazes, além de anteceder em muito os Princípios Unidroit.

A uniformidade intencional, por seu turno, tem como nota característica a finalidade de implementação de uma nova ordem, mesmo que parcial, com base nas instituições existentes.

É evidente que a uniformização intencional, embora se constitua de um processo com características distintas, não é totalmente independente da uniformização espontânea. São exatamente as condições socioeconômicas e históricas possibilitadoras da uniformidade espontânea¹⁰ – que determinam o sucesso ou fracasso da intencional. O raciocínio inverso, entretanto, não é consistente: a uniformidade espontânea não depende, em medida alguma, da intencional.

Resta lembrar, finalmente, que, devido à diferença entre os processos – especialmente por meio da base institucional da uniformização intencional – aparentemente as regras são muito menos semelhantes no direito uniforme espontâneo. De fato, o outro tipo de direito uniforme expressa-se por textos idênticos ou muito próximos (quando é necessária a tradução), porém, como a assimilação e a própria atribuição de significado dependem do ambiente e dos agentes de aplicação, não se pode estender para as normas a mesma conclusão sobre os textos.¹¹ Voltaremos, porém, a tratar com maior detalhe

10. São, *mutatis mutandi*, pertinentes as observações de Wieacker (1993:133-135): “[O] sentido literal da palavra ‘recepção’ sugere o equívoco de que o direito estrangeiro poderia ser adotado como tal sem ser assimilado e, portanto, modificado. Na base disto está opinião por demais simplificadora de que o direito é como que um objeto material que se possa agarrar, transmitir e receber; na realidade, porém, ele constitui uma integração de camadas altamente emaranhadas e mutáveis: uma estrutura de múltiplos processos de carácter histórico, social, intelectual e psicológico, todos eles agrupados. (...) Sobre estas considerações precipitadas prevalece, antes de mais, a idéia de que a recepção é uma assimilação, i. e., um processo próprio de desenvolvimento: um povo só pode adotar e desenvolver um direito estrangeiro, se ele transformar este direito num elemento da sua própria vida e pensamento. (...) [C]orresponde ao positivismo do século XIX conceber o direito como uma mera soma de normas ou princípios, que se possam sem mais transferir para outras comunidades jurídicas, pois o positivismo despreza a dependência do direito em relação aos seus pressupostos culturais e éticos e às suas oportunidades de realização social e histórica.”

11. Aqui, são importantes as observações de Grau (1996a:65): “É necessário que se esclareça, a esta altura, que tomo a interpretação como atividade que se presta a transformar disposições (textos enunciados) em normas; a interpretação é o meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições (...). Por isso, as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.” E Grau (1996b:59-65) diz especialmente: “L’interpretazione dunque è un processo intellettuale tramite il quale, partendo da formule linguistiche contenute nei testi, enunciati, precetti, disposizioni, si stabilisce un contenuto normativo. Questa attività interpretativa è volta al discernimento degli enunciati semanticamente veicolati dai precetti (enunciati, disposizioni, testi). L’interprete libera la norma dal suo involucro (il testo); in questo senso, l’interprete ‘produce la norma’ ” (p. 59).

dessa questão,¹² pois parte das teorias internacionalistas da interpretação uniforme do direito uniforme intencional toma a identidade do texto – vista como propulsora da identidade semântica – como ponto de partida para o direcionamento da atividade cognoscitiva e, conseqüentemente, aplicadora do direito.

Assim, buscamos esclarecer dois sentidos básicos que convivem na expressão *direito uniforme*. Se a base normativo-institucional única do direito uniforme intencional – que efetivamente é nosso objeto – é uma característica distintiva marcante, não podemos deixar de recordar que o processo de uniformização espontânea é também esclarecedor em nossa pesquisa, à medida que de suas condições possibilitadoras (especialmente a adequação da comunidade receptora) depende igualmente o sucesso da intencional. Portanto, entendemos ser importante traçar um breve histórico da uniformidade espontânea, buscando a compreensão de seu sucesso.

1.2 OBSERVAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A UNIFORMIDADE ESPONTÂNEA

1.2.1 Uniformização do direito europeu em torno do direito romano

Como vimos, a noção genérica de direito uniforme reúne duas concepções distintas. Por um lado, refere-se a conjuntos de normas semelhantes em seu sentido e formulação, que existem em mais de um Estado, por força da tradição, de origens históricas comuns ou mesmo da recepção. Por outro, faz-se referência à uniformização como um processo internacional de criação de normas comuns por meio de convenções internacionais, mediadas por um instituto jurídico internacional – a regra *pacta sunt servanda* do direito internacional – e um interno – o ordenamento nacional, em que as regras uniformes cobram validade.

O processo de aproximação independente do direito surge anteriormente ao convencional e concertado. Mesmo no início da Idade Média, a sobrevivência do direito romano após a queda definitiva do Império Romano do Ocidente aponta para a permanência de regulamentações semelhantes, pelo menos para os povos romanizados, em organizações política e socialmente separadas. Essa permanência do direito romano, no entanto, é marcada pelo distanciamento de uma oficialidade central, por meio da formação de um direito que tinha bases romanas, mas era descentralizado – especialmente pela profunda regionalização dos órgãos decisórios. Esse processo antecede a própria queda do Império Romano do Ocidente, no qual a erosão da centralização do poder tem seu

12. Ver Capítulo 9, subseção 9.1.

correlato na regionalização do direito,¹³ e a formação de um direito romano vulgar que não era uma corruptela do direito oficial – como o latim vulgar não é relativamente ao latim escrito –, mas um direito vivo e adaptado às novas circunstâncias e condições da vida nas províncias.¹⁴

Com as constantes chegadas de populações bárbaras às regiões romanizadas, o que inclui a queda do Império Romano em 476 – que é o símbolo de um processo longo mais do que uma ruptura –, o direito dessas populações passa a reivindicar um espaço nas regulações sociais. Por meio do princípio da personalidade – segundo o qual se aplica a lei de cada nação a seus membros – era possível afastar a imposição das leis bárbaras a todos os habitantes das regiões conquistadas. A importância dos direitos dos conquistadores era, evidentemente, muito diferenciada, pois variava conforme a população era, e a dominante – o que fica claro, por exemplo, na comparação entre os domínios visigodo, lombardo e franco na Itália: se os primeiros reverenciaram e adotaram, na maior medida possível, o direito romano, os lombardos e francos utilizavam-se do princípio da personalidade, mas, para os últimos, a divisão vencedores-vencidos é de menor importância.¹⁵

Nas regiões não romanizadas, a inércia dos direitos germânicos é bastante intensa, assim como sua importância aumenta entre as populações romanizadas e penetra, inclusive, as populações românicas, o que reflete o poder social e político do Império Carolíngio e dos reis bárbaros da Espanha e é possibilitado pela adaptação à vida isolada e economicamente simples do modo de produção feudal.¹⁶

13. Calasso (1954:51 ss), especialmente: “Ma, a parte la concezione teorica, sta di fatto che, nel corso del caotico secolo terzo, per la debolezza e l’irrimediabile disintegrazione della macchina statale, si era verificata una straordinaria fioritura di consuetudini locali, che avevano minacciato veramente di sommergere la legge scritta (...). Mentre le forze dissolvitrici della pesante macchina statale continuavano a operare dal profondo, in superficie se ne mostravano i segni, tra l’altro, in quel contrasto sempre aperto, anzi sempre più aperto, tra il diritto statale e i diritti provinciali” (p. 53).

14. Calasso (1954:65-66), especialmente: “...quel diritto che nasceva in tempi di carenza del potere publico, d’inoperosità della giurisprudenza quando il pretore non seguiva più il costume e tutte le fonti del diritto si erano concentrate nelle mani di un principe lontano ed estraneo. Quel diritto nasceva della spinta stessa della vita, e non era dunque nè degenerazione nè corruzione, ma la vita stessa del diritto, che, superando una legalità rigida e ferma, si esprimeva in forme spontanee, più sciolte e consome ai nuovi bisogni”.

15. Calasso (1954:65 ss).

16. Wieacker (1993:20): “A futura unidade da Europa decorre essencialmente do fato de a consciência nova e originária do direito dos povos invasores não se ter imposto apenas fora do território do Império Romano (como na Europa central e na Escandinávia) ou nas províncias de há muito ocupadas pelos germanos (Britânia, noroeste europeu a norte do Somme, Renânia e Alemanha meridional), mas também onde a România apenas recebera pequenas porções de sangue germano. Pois este novo elemento étnico atuou não apenas enquanto substância vital popular, mas, também, desde logo no império carolíngio e em Espanha, enquanto vontade de poder social e político.” E (1993:27-28): “Quanto ao direito, [os germânicos] conservaram o

Assim, há a sobrevivência do direito romano tardio, especialmente ao sul da Gália, principalmente nas penínsulas Ibérica e Itálica, mas também, embora mesclado com os direitos germânicos, no centro da França, norte da Itália, sudoeste da Alemanha, na Suíça e na Áustria.¹⁷ Pode-se mesmo falar de uma tendência de crescimento do direito romano vulgar, adaptado aos costumes regionais e locais.¹⁸

Entretanto, não obstante a tentativa de reis germânicos de criar compilações diretoras da atividade dos magistrados com base no direito romano, estas têm sua aplicação relativizada¹⁹ e suas edições, cada vez mais resumidas, até que no século X o direito romano se torna quase desconhecido.²⁰

Esse desaparecimento se dá especialmente devido à regionalização do direito e o aumento da recorrência aos costumes como fonte, pois em comunidades relativamente isoladas apresentam-se as condições para a diferenciação. Os costumes podem ser diretamente conhecidos – pela própria estrutura dos órgãos aplicadores, compostos pela nobreza local. Ademais, o desenvolvimento socioeconômico é extremamente lento nas tradicionais sociedades do medievo europeu, o que – ao lado da autonomia econômica – permite que o modelo costumeiro e local cumpra otimamente suas funções.

Na Idade Média, a fragmentação política é marcante, embora o Império continue a existir nominalmente e a Igreja se torne uma instituição poderosa e respeitada. Dessa pulverização também deriva a transformação da consciência

seu durante mais tempo, na medida em que ele ainda era determinado pelo modo de vida das comunidades pessoais e pelo seu próprio *ethos* e não pelo resultado de novas relações econômicas e de poder; para isto contribuiu também a concepção germânica de que o direito não é um comando arbitrário, mas uma tradição de vida inatacável. Tradições jurídicas destas foram também conservadas pelos germanos romanizados e comunicadas às populações românicas vizinhas em medida tanto mais vasta quanto estas tivessem ficado completamente dissolvidas e tanto mais facilmente quanto mais se tivessem aproximado as formas da vida material na regressão cultural da antiguidade tardia. (...) A cultura jurídica romana atingiu os germanos, mas também foi, por sua vez, enterrada pelos próprios povos românicos: assim ela teve que ser – e pôde ser – redescoberta, quando os povos se tornaram maduros para recebê-la.”

17. Calasso (1954:262): “E che fosse, come la lingua, un aspetto di tutto il processo storico di una civiltà nuova che stava per nascere, lo dimostra il fatto ch’esso non è circoscritto entro parriere di patrie, ma è comune, come per la lingua, a tutto quell’Occidente romanizzato che, per questa sua unità spirituale, è chiamato *Romània* e comprende l’Italia con la sponda orientale adriatica, la penisola iberica, la Francia, una parte della Svizzera e del Belgio e, isolata a Oriente, la *Romània* con qualche propaggine balcanica: paesi tutti, allo stesso titolo, sulle identiche basi, malgrado le diversissime storie, viventi a diritti romanzi, parlanti lingue romanze.” Cf. também Gilissen (1988:167-168).

18. Gilissen (1988:169).

19. David (1968:24-25).

20. Gilissen (1988:171): “No século X, é virtualmente desconhecido [no Império franco](...). Não se encontram muitas alusões ao direito romano que apenas sobrevive sob a forma de costumes locais mais ou menos romanizados ao sul da Europa, em Itália, Espanha e no sul da França.”

jurídica, em que passam a predominar as visões de comunidades menores.²¹ A tendência à regulamentação local das relações sociais é bastante clara. Na Inglaterra, anteriormente à pioneira centralização jurisdicional promovida pelos conquistadores normandos – e iniciando o processo de formação de um *common law* –, o direito era local e costumeiro.²² Da mesma forma, em outras regiões, o sistema de aplicação do direito é principalmente local, mesmo porque a autoridade dos reis é limitada e sua preocupação apenas atina à percepção de seus direitos feudais e a própria centralização jurisdicional está fora dos interesses administrativos.

De fato, a estrutura política e social do feudalismo não necessita de um sistema unificado de regras ou de administração da justiça. Os costumes locais são conhecidos e a comunidade funciona como órgão aplicador,²³ o que se apóia principalmente na estabilidade das relações sociais reguladas pela tradição. A propósito, as próprias relações feudais podem ser vistas como um amálgama dos direitos germânicos e romano, pois, se as relações de vassalagem são tipicamente derivadas dos direitos tradicionais dos bárbaros²⁴ e exclusivamente pessoais, é uma vinculação real, usada primeiramente pela Igreja e de corte marcadamente romano – o *beneficium* – que origina e caracteriza o feudo.²⁵

-
21. Wieacker (1993:20-21): “Neste novo mundo, a comunidade universal de súditos, centralizada burocraticamente e freqüentemente explorada do império bizantino, pulverizou-se numa pluralidade de comunidades regionais, unidas não já pela organização imperial, mas sim pela igreja, por uma nova consciência do direito e pelo sentimento de origem comum por parte das classes dirigentes. Daqui resultaram retrocessos e avanços para a mentalidade jurídica. Retrocessos foram: a involução de uma cultura jurídica que retrogradou da sensibilidade adulta e racional e de uma vontade política planificadora para uma consciência jurídica essencialmente determinada pela intuição e pelo sentimento da vida; e a pulverização de uma ordem universal numa pluralidade de comunidades jurídicas de base pessoal – com grandes limitações da liberdade jurídica e da segurança pessoal que a destruição das grandes criações políticas na maior parte dos casos provoca.”
22. Milson (1981:11-13).
23. Milson (1981:12): “The materials of the common law, therefore, were the customs of true communities whose geographical boundaries had in some cases divided peoples and cultures, and not just areas of governmental authority. But within each body of custom, what we think of as the law was not marked off from other aspects of society. Courts were the governing bodies of their communities, dealing with all their public business; and to us they would look more like public meetings than courts of law (...). The needs of society were diverse but unchanging, and they are for the most part supplied by customary obligations resting on the ordinary people (...). There were few overt decisions to be made. Custom decide what should be done and generally who should do it.”
24. Calasso (1954:189): “Il **vassallaggio** risale a un costume germanico, cui accennano già Cesare e, più apertamente, Tacito, secondo il quale l'adolescente libero, nel momento in cui l'assemblea lo dichiarava adatto alle armi (e quindi capace di diritto), si poneva al sèguito di un principe e gli si assoggetava, giurandoli fedeltà e dedicandogli ogni opera di pace e di guerra ma conservando integralmente la propria libertà, mentre a sua volta il principe si obbligava a fornirgli armi e mantenimento.”
25. Calasso (1954:190-192).

Assim, não é possível dizer que, efetivamente, o direito romano remanescente nas regiões antes pertencentes ao Império impulsionou uma corrente uniformizadora. Foi, pelo contrário – e coerentemente com as forças sociais e econômicas da época –, objeto de uma lenta desagregação em que se perdeu a unidade outrora existente.

Paulatinamente, porém, toma curso um processo de uniformização espontânea que marcará profundamente o direito continental europeu: a expansão do *jus commune*.

Vários fatores influenciam a uniformização espontânea a partir do direito romano. Em primeiro lugar, este ressurge com os estudos jurídicos. Com as universidades italianas e francesas, onde se estuda o direito justinianeu, o direito romano volta a ter força, inicialmente como fonte supletiva, para depois se firmar como inspiração para o legislador.²⁶

Por outro lado, são fundamentais as transformações sociais que vão tomando assento na Europa do Baixo Medievo. O renascimento comercial, o surgimento das cidades e a necessária burocratização da administração política proporcionam o caldo de cultura para que a visão dos glosadores e, depois, a dos pós-glosadores passem a ser reconhecidas. Assim, para estabelecer a base jurídica necessária para o desenvolvimento do comércio utiliza-se o conhecimento jurídico como técnico e específico, que na época existia com base em um texto comum – o *Corpus Juris* justinianeu. Ressalte-se, entretanto, que, se é possível afirmar as condições da vida e do comércio em algumas regiões da Europa como mola propulsora da racionalização do direito, não era mister que esta se fizesse em torno do direito romano – como em Flandres, onde se utilizava o direito consuetudinário e estatutário – mesmo porque:

*“[a] obra classicista de Justiniano era mesmo muito pouco propícia para as necessidades do direito das sociedades, do direito da propriedade imobiliária, para o sistema creditício e para o direito patrimonial de família”.*²⁷

Sem embargo, as condições socioeconômicas do norte italiano – onde houve importante renascimento urbano e comercial – favoreciam o nascimento da dogmática européia e a formação cultural profana fazia com que esta pendesse para o direito romano, inclusive a partir da redescoberta do Digesto.²⁸

26. David (1968:40 ss).

27. Wieacker (1993:40).

28. Calasso (1957:352-353): “Alla nuova società, venuta fuori dal travaglio di queste forze economiche e politiche, dalle quali era stato travolto l’antico regime, non poteva più adattarsi certamente nè il diritto longobardo-franco con le sue rozze forme, convenienti alla vita di scarsi bisogni e di breve circolo d’una società primitiva, legata alla torpida economia della terra, nè la tradizione delle leggi romane, mantenuta, como si vide, traverso epitomi o estratti, che ne avevano impoverito e deformato il contenuto genuino, e neppure potevan bastare le

Em Bolonha, na segunda metade do século XI, a comuna resolveu criar um ensino significativo, pois demonstra o nascimento já com um espírito pragmático e profano, o qual a distingue das faculdades eclesiásticas de Paris (Sorbonne) e de Oxford, onde as atenções se voltam primordialmente para a teologia.²⁹ Esse fato

Em torno dessa escola de *artes liberales*, surge a escola bolonhesa propriamente dita, quando Irnério começa o estudo do Digesto, lançando mão dos métodos do *trivium*, que reunia a lógica, a gramática e a retórica gregas.³¹ Assim, no método dos glosadores, é importante destacar a tendência à formação de uma dogmática elaborada em torno de princípios diretores.

A autoridade dos textos romanos era dada como certa e eles gozavam da condição de *ratio scripta*. Como ponteia Wieacker (1993:44-45), “[o direito romano] constituía o direito natural por força da sua dignidade histórica e autoridade metafísica; e assumiu, assim, no projeto conjunto do pensamento jurídico medieval, a categoria de uma moral válida em geral...”.³² Ora, o texto

consuetudini locali, germogliate da questa stessa vita, e riflettenti l'angusto particolarismo feudale. Perciò, questa società rinnovantesi sotto l'impulso dei bisogni nascenti dalla nuova economia commerciale e internazionale e dal nuovo assetto sociale e politico, avrebbe cercato (...) un diritto civile di più ampio respiro e adatto a questa nuova vita più movimentata e ricca e fu quindi naturale ch'essa abbia resuscitato dall'oblio i testi genuini del diritto giustiniano, e in particolare quello che nell'alto medio evo era rimasto sconosciuto del tutto: il Digesto.”

29. Wieacker (1993:41) e Calasso (1957:510-511).

30. Wieacker (1993:46): “Enquanto que a norte dos Alpes as *artes liberales* – e com elas, o ensino jurídico geral – tinham permanecido nas escolas conventuais e catedrais; enquanto que, nas velhas universidades da Europa ocidental, na Sorbonne e em Oxford, o ensino do direito, em virtude da sua estreita ligação com a fundação e o benefício eclesiásticos, só muito mais tarde se libertou do primado da teologia, a universidade de Bolonha fora criada como estabelecimento profano e municipal, em que o ensino propedêutico das *artes* dava diretamente acesso ao ensino visando às necessidades profanas das novas gerações.”

31. Para uma descrição mais precisa, ver Wieacker (1993:51-52).

32. Mais completa é a explicação em Wieacker (1993:42-43): “A Idade Média sentiu a cultura antiga como uma forma modelar e intemporal de sua própria vida. Os textos da antiguidade eram, por isso, intocáveis no seu valor, se bem que a sua utilização (aplicação) na vida medieval continuava a constituir um problema que exigia um enorme e continuado esforço da razão cognitiva. A expressão máxima – rica em relevantes conseqüências para a história universal – desta situação fundamental é o domínio imponente da Sagrada Escritura, dos textos dos concílios e dos padres da igreja sobre a teologia; mas numa situação pouco diferente se encontra a filosofia pré-cartesiana em relação a Aristóteles e a Platão, as ciências naturais em relação à física de Aristóteles e à história natural de Plínio e ainda o humanismo em relação aos autores clássicos. Eles são tidos como testemunhos históricos da verdade e realidade em si mesmas. O *Corpus Juris* gozava da mesma autoridade no pensamento jurídico – em virtude da crença na origem providencial do império –, constituindo mais do que um jogo de palavras o dizer-se que ele se baseia sobre o sentimento jurídico medieval a força de uma *revelação* no campo do direito. O espírito medieval não se lhe entregou num ato de livre decisão, como acontecerá em épocas posteriores, mas como numa entrega ao texto sagrado de uma ordem sempre presente do próprio ser.”

do *Corpus Juris* era, destarte, tomado como um texto de grande autoridade e, portanto, tendente à leitura fragmentária: se tudo o que está escrito pode ser tomado como expressivo de uma verdade oculta, esta pode ser buscada em cada parcela mínima. Por outro lado, a crença numa razão superior que permeia o texto que é objeto do estudo aponta na direção da busca de sentidos mais gerais.

Ambas as tendências manifestam-se na tarefa dos glosadores.³³ As próprias glosas eram comentários a textos isolados, sem preocupação sistemática, lançados nas margens dos textos comentados ou nas entrelinhas. Entretanto, como a verdade não pode ser autocontraditória, era necessário harmonizar tudo o que à primeira vista parecesse conduzir a inconsistências, o que implicou sério esforço nesse sentido.

Entretanto, na Baixa Idade Média, o estudo dos glosadores, voltado apenas para a compreensão do *Corpus Juris*, não era suficiente para lidar com novos problemas. Seu método, no entanto, passa a ser utilizado na análise de novos objetos: o costume e os estatutos das cidades do norte da Itália. Os juristas que sucederam aos glosadores – chamados de pós-glosadores, comentadores, práticos ou *consiliadores* – não apenas contribuíram para o desenvolvimento do direito baseado em fontes locais, por meio da aplicação dos novos métodos, como também cuidaram da questão das relações entre os direitos especiais locais – *statuta* – e o *jus commune*.³⁴ Dessa forma, contribuíram ainda mais do que seus predecessores na extensão do direito romano, que atinge toda a Europa e prepara o terreno para a recepção.³⁵

São esses estudos que favorecem a adoção do direito romano como direito espontaneamente uniforme. Embora esta não tenha ocorrido de maneira idêntica e tampouco ao mesmo tempo em todas as regiões da Europa³⁶ – distintas cultural, social, política e economicamente –, foi fenômeno que atingiu todo o mundo ocidental.

33. Wieacker (1993:50-53): “Como *ratio scripta*, o texto isolado de um jurista constitui já em si mesmo, sem referências à sua conexão com o conjunto de todos os textos, uma verdade. Uma vez que os juristas se têm que assegurar, desde logo, este sentido textual, o gênero formal fundamental é constituído pela interpretação corrida do texto isolado: a *glosa*.” E, “no entanto, desde cedo que os glosadores não se limitaram à exegese corrida de passos isolados. A convicção do domínio de uma *ratio* sobre todo o conjunto da tradição levou a desenterrar o sentido global de todo o texto e a apresentá-lo em cadeias silogísticas: se cada texto encerra a verdade da autoridade absoluta, um texto não pode contradizer outro igualmente verdadeiro (...). Só através da exploração ininterrupta e comparativa do material das fontes, os glosadores se apropriaram completamente da problemática jurídica global do *Corpus Juris*. Através da exegese, da harmonização, da construção das regras, constitui-se um edifício doutrinal de princípios harmônicos, talvez a primeira dogmática jurídica autônoma da história universal”.

34. Wieacker (1993:78-83).

35. Koschaker (1955:143-148).

36. Gilissen (1986:205-206).

Na Itália, a falta de centralismo jurisdicional favorece o florescimento de um direito de juristas – o que inclui a importância da *communis opinio*.³⁷ Na Alemanha, são as transformações na administração da justiça – especialmente com a chegada dos juízes letrados – que consolidam o *jus commune*,³⁸ que passa a ser aplicado subsidiariamente, mas termina por atingir os direitos locais à medida que os juristas transpunham para a análise do direito local – sobretudo o costumeiro – os instrumentos e institutos romanos (o que ocorre em proporções distintas conforme a região),³⁹ tidos por válidos independentemente de um ato legislativo do poder público.⁴⁰ Na França, diferentemente, houve uma divisão

37. Koschaker (1955:149): “Las relaciones políticas en estos tiempos a que nos estamos refiriendo, excluyen la posibilidad de una jurisdicción central ejercida por un Tribunal superior, y conseqüentemente la formación de *prejuicios* o precedentes que tengan relevante importancia en el desarrollo de un Derecho judicial y de juristas. Por esta razón, los más destacados profesores de Derecho de las Universidades (...) suplen la carencia de un Tribunal superior.”

38. Wieacker (1993:115-120).

39. Wieacker (1993:145-146): “Na verdade, uma vez que o juiz letrado, estranho ao lugar, estava habituado ao direito certo e escrito, a preeminência do direito local limitava-se ao direito reduzido a escrito ou indubitavelmente vigente; o direito não escrito deveria ser expressamente trazido ao conhecimento do tribunal, devendo ser, mais precisamente, provado o seu caráter de norma jurídica vigente. Este requisito bastou para tornar raro o direito local vigente especialmente nas zonas de maior dispersão dos Estados territoriais, no Sul e no Oeste; mais tarde acabou por desaparecer da prática jurídica científica. Pelo contrário, onde o direito local estava compilado em domínios vastos e conexos entre si, onde manteve um prestígio geral e, por isso, cedo foi elaborado cientificamente (...), ele não se manteve, é certo, na versão que originalmente lhe servia de base, mas mantiveram-se, em contrapartida, os seus princípios e instituições.”

40. Wieacker (1993:147): “Em todo o caso, pressupunha-se que o direito romano adquirira uma vigência que não tinha que ser fundada num ato legislativo do poder público. (...) a Baixa Idade Média alemã não entendeu como direito imperial precisamente o direito justiniano; quando este sentimento se formou, no século XV, já a recepção prática estava em curso e, por sua vez, pode ter favorecido esta mutação de sentido. Só no início do século XVI apareceu a lenda lotária, que procurou fundamentar a continuidade do direito justiniano e comum do ponto de vista jurídico-constitucional. E só a refutação desta lenda no século XVII teve, *in complexa*, um impacto direto, no plano da política do direito, sobre a crítica da vigência geral do direito romano. Dir-se-á em contrapartida que, desde o início do *studium civile* de Bolonha, o reconhecimento do *jus civile* como corpo jurídico geral foi evidente nas zonas a que os juristas chegaram, não carecendo de uma fundamentação mais detalhada.” E, sobre a lenda lotária (p. 153): “Só com a recepção prática surge a tradição, favorecida por Melancton, de que o Imperador Lothar von Supplinburg teria, em 1135, recebido expressamente o direito romano através de uma lei imperial: a mais tarde polemicamente designada ‘lenda lotária’. A formação ou a consideração desta tradição só foi possível precisamente quando se necessitou, após o desaparecimento daquelas convicções medievais, de uma nova legitimação do direito romano.”

entre o direito escrito do sul – mais próximo ao direito romano – e o costumeiro do norte,⁴¹ o que não chegou a atenuar a influência dos juristas que ingressam na administração da justiça e – com a possibilidade de herdar e alienar cargos judiciais, no século XIV – chegaram a tornar-se membros de uma casta poderosa.⁴² Como se dá preferência à aplicação do direito francês – sobretudo em virtude da disputa entre o rei e o imperador –, os juristas franceses terminam por rejeitar a recepção do direito romano, mas elaboram um direito comum francês que guarda muitas relações com este.

Assim, nas várias regiões europeias, o direito romano estende-se senão imediatamente – por meio de sua autoridade – pelo menos por meio da influência dos juristas. Assim, há a difusão de características comuns, como a terminologia, o reconhecimento de regras de direito abstratas, o princípio da razoabilidade e, sobretudo, o modo de raciocínio jurídico, tendente à referência a regras gerais (aplicação como subsunção).⁴³

É certo, ademais, que um povo não pode adotar um direito como um todo, sem alterações recíprocas que envolvem a sociedade e a ordem jurídica.⁴⁴ A dependência das circunstâncias histórico-sociológicas – que não chegam a ser idênticas na Europa atual, quanto mais na medieval e moderna – informa diferentes modos e intensidades das recepções, especialmente conforme (a)

41. Gilissen (1986:241): “Os costumes do sul da França, tal como os da Itália e da Espanha, oferecerão uma menor resistência à infiltração do direito romano que os do norte da Europa Ocidental; estão com efeito mais profundamente impregnados do direito romano que tinha sobrevivido nessas regiões na época da personalidade do direito. Chamar-se-á por isso ao sul da França os ‘pays de droit écrit’ por oposição ao norte, designado ‘pays de droit coutumier’. Na realidade, o direito do sul é consuetudinário como o do norte, mas está muito mais próximo, pelas suas origens, do direito romano que renasce.”

42. Koschaker (1955:250-252): “El estamento francés de los juristas tiene su origen en los legistas de los siglos XII y XIII, los cuales, formados en las Universidades con el estudio del Derecho romano, se hallaban en íntima relación con el rey y prestaron a éste su apoyo precioso en luchas que sostuvo contra el emperador, contra el Papa y contra los señores feudales. (...) Desde el siglo XIII se advierte una cierta preponderancia de los jueces peritos en Derecho, los cuales eliminan en el siglo XIV a los no juristas, excepción hecha de los señores feudales, de los *pairs*, que son jueces natos en los procesos incoados contra sus iguales. (...) En París, existe, pues, en el siglo XIV un estamento de juristas prácticos, organizado e influyente, formando con gentes que proceden de las Universidades y versadas en Derecho romano. Ahora bien, con del Parlamento de París aplica con preferencia la *coutume*, estos juristas cultivan también el Derecho nacional, creando de esta suerte una jurisprudencia francesa, la cual se aplica desde el siglo XVI a la ingente tarea de elaborar un *droit français commun*. El hecho de hacer enajenables inter vivos y heredables los mencionados cargos, durante el siglo XIV, determinó un fortalecimiento del poder de estos juristas y del Parlamento.”

43. Gilissen (1986:203-204).

44. Ver nota 10.

havia urbanização e comércio e (b) havia centralização e profissionalização jurisdicional.⁴⁵

É importante notar que a centralização e a profissionalização da administração da justiça são elementos claros da burocratização dos Estados europeus, o que gira em torno do processo de centralização política. Ora, é exatamente a formação dos Estados nacionais que proporciona a formação dos direitos nacionais separados, sobretudo à medida que passam a derivar da autoridade central e ter seus fundamentos na soberania.

Assim, o mesmo processo que, pelo preenchimento de cargos por juristas profissionais, proporciona a recepção do direito romano e a aplicabilidade do *jus commune*, também é o sinal do fortalecimento das políticas centrais e, assim, da formação de direitos nacionais, evidentemente não uniformes.

Não obstante isso, a difusão do direito romano deixou encravados nas concepções jurídicas ocidentais princípios que conduzem a notável proximidade, pelo menos no direito privado, entre os conteúdos das normas nacionais.

Finalmente, é mister recordar que as condições sociais, políticas e econômicas que favoreceram a formação do *jus commune* estão na base dessa aproximação de significados. Adota-se um direito semelhante porque se encontra no direito romano uma fonte organizatória comum – já que este empresta seus institutos –, o que, porém, apenas é possível porque os problemas que se buscava resolver – derivados do comércio, da urbanização e da centralização que já não mais se adaptavam ao antigo direito costumeiro – são semelhantes nas várias regiões da Europa.

1.2.2 Uniformização em torno da codificação

A unificação estatal em torno dos soberanos nacionais – fundamental para a supressão de entraves internos ao comércio e favorável à unificação monetária – termina por ensejar, em pouco tempo, o fortalecimento das barreiras comerciais com base nas políticas mercantilistas. O relativo isolamento político nacional, assim, prejudica a uniformidade do direito: se antes o desenvolvimento era tipicamente regional, com o Estado moderno, passa a ser nacional, mas diferenciado entre as nações.

A codificação do direito, principalmente o privado, é importante para a uniformização em dois sentidos: em primeiro lugar, os códigos unificam os direitos

45. A centralização da justiça inglesa, nos reinados de Henrique II e Henrique III, leva à formação do *common law* como um direito autônomo, o que se justifica pelo relativo pioneirismo da centralização jurisdicional inglesa e consolida-se inclusive pela função das *Inns of Courts* na formação dos juristas profissionais, que não o estudavam nas universidades (Koschaker, 1955:255-262).

nacionais, substituindo os costumes regionais, como na Prússia (1784), Áustria (1811) e França (1804); em segundo, especialmente o Código Civil francês, por suas qualidades intrínsecas e apoiado na expansão do liberalismo, influencia os legisladores de diversas nações, que adotam legislações semelhantes.

De fato, ao longo do século XIX, o Código Civil francês teve profundas influências na legislação de todo o mundo, sendo depois superado pelo Código Civil alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), que, por seu turno, influenciou em diversas codificações, inclusive na brasileira.⁴⁶ A utilização de alguns códigos como modelo atua, indubitavelmente, como impulso para a proximidade das diversas legislações, podendo ser tomada como raiz do desenvolvimento de um direito espontaneamente uniforme.

Como ressaltamos no tópico anterior, porém, a identificação de um único tronco donde derivam conteúdos semelhantes (primeiro o *Corpus Juris* e depois os códigos civis francês, alemão e suíço) não é suficiente para que surja a uniformização. Também é necessário que se apresentem condições socioeconômicas favoráveis, que permitam a semelhança da regulamentação tendente a resolver problemas semelhantes. Além disso, as condições políticas podem ser fundamentais relativamente à ocorrência ou não da uniformização

46. Gilissen (1986:456-458): “A influência dos códigos napoleônicos foi muito grande durante todo o século XIX. Eles foram aplicados em todos os países incorporados na França, quer antes de 1804, quer entre esta data e 1814 – Bélgica, Países Baixos, norte da Itália, Renânia, Genebra – e foram mais ou menos voluntariamente adotados pelos países que caíram sob a influência política da França (Vestfália, Hanôver, Polônia, Nápoles e numerosos cantões suíços). Por outro lado, foram adotados por alguns países das Américas: Luisiana (1825), Haiti (1826), Bolívia (1843), Peru (1852), Chile (1855), Costa Rica (1856), Uruguai (1869), México (1870), Argentina (1870), Venezuela (1873) etc. Alguns países da América Central, bem como a Colômbia e o Equador, adotaram por sua vez o Código Civil do Chile de 1855. O código civil do Baixo Canadá (Quebec) de 1866 é elaborado sob a influência do *Code Civil*, mas também sob a do costume de Paris do século XVI. Por fim, em outros países, numerosos códigos, sobretudo civis, inspiraram-se nos códigos franceses: Itália (1865), Romênia (1865), Portugal (1867), Egito (1875), Espanha (1889) e, mesmo, o Japão (1890). (...) A difusão do Código Civil de 1804 não cessou senão no século XX, quando a Alemanha, primeiro (1900), e a Suíça, depois (1907), promulgaram os seus códigos civis. Estes suplantaram o Código Civil francês e tornaram-se, por sua vez, o modelo do direito civil para os novos países, tal como o Código Penal italiano se ia tornar aí um modelo para a codificação do direito penal (...). Disse-se do BGB que ele é um ‘*Spätwerk des Liberalismus*’ (produto tardio do liberalismo). No entanto, manteve-se até hoje em vigor e influenciou numerosas codificações do século XX: Brasil (1916), Tailândia (1925), Peru (1936), Grécia (1940), bem como as novelas (leis extravagantes), o ABGB austríaco (1914-16) e as novas codificações italianas (1942) e portuguesas (1967). O código civil suíço influenciou diretamente o código civil turco (1926).” A respeito da influência do *Code Civil* sobre o Código argentino – e, conseqüentemente, do paraguaio – deve-se ressaltar a influência direta do projeto de Augusto Teixeira de Freitas, amplamente utilizado por Velez Sarsfield. O projeto do ilustre jurista brasileiro – influenciado por Savigny, sem embargo de sua notável originalidade – não pode em hipótese alguma ser considerado um subproduto do código napoleônico.

espontânea, como na anexação de territórios nas guerras napoleônicas e no antagonismo político entre franceses e alemães, que impulsionou os últimos na busca de teorias e modelos jurídicos autônomos, respectivamente. Finalmente, a configuração específica da doutrina jurídica – tomando a profissionalização da administração da justiça como um fato – está na base da possibilidade de uniformização.

No campo socioeconômico, há – como traço comum das nações ocidentais ou mesmo daquelas em suas zonas de influência – forte tendência à liberalização do final do século XVIII às últimas décadas do século XIX, tendo como contraponto o desenvolvimento de um capitalismo imperialista – fundado na expansão geográfica de mercados e da base de fornecimento de bens de baixo valor agregado – que depende profundamente do poder internacional das nações. A igualdade como eliminação dos privilégios vai implicar, posteriormente, a formação de uma elite econômica burguesa convertida em elite política.

O capitalismo industrial e imperialista, centrado na Europa e nos Estados Unidos, torna-se o modo de produção dominante e, conseqüentemente, sua regulamentação entra em cena como tarefa jurídica fundamental.

O direito civil tipicamente liberal adapta-se tanto aos problemas da primeira onda industrial (que se centralizou na Inglaterra, teve os têxteis de algodão como principal produto e usou energia hidráulica e carbonífera), quando a simples garantia do livre jogo das forças no mercado é suficiente para a reprodução do sistema, como aos da segunda onda (centro dividido entre Inglaterra, Bélgica e França e, mais tarde, Itália e Alemanha, com ferrovias como produto central e energia de carvão), quando passa a ser fundamental garantir a expansão geográfica pela atuação estatal, constitutiva de vantagens sobre as nações concorrentes. Isso porque, mesmo ao longo do período tipicamente imperialista, o liberalismo interno e nas relações de metrópole e colônia continua a ser favorável ao funcionamento do sistema.

Assim, o desenvolvimento de um direito civil liberal – expresso tanto pelo Código francês quanto pelo alemão – tem sentido no interior de cada nação, sobretudo com o apoio das elites nacionais burguesas, mesmo em países periféricos, onde o predomínio é de elites agrárias. Isso porque na periferia do sistema imperialista a reprodução do predomínio dos terratenentes passa a depender da inserção no modelo global – já que a riqueza depende da exportação de produtos agrícolas ou minerais. Assim, o crescimento de uma classe média urbana – responsável pelo consumo, pela burocracia estatal e pela administração do comércio – favorece amplamente os direitos liberais.

No campo das ciências jurídicas, algumas alterações importantes ocorrem nos séculos XVI, XVII e XVIII, que culminam na idéia de que o direito racional natural deveria ter expressão positiva, para sobrepor os direitos

costumeiros locais – confusos e tendentes a dificultar a expansão da economia burguesa.

No século XIX, em parte devido ao sucesso das codificações, o direito natural perde paulatinamente sua importância, passando-se ao domínio intensivo do positivismo com base na autoridade estatal.

Uma concepção jurídica positivista é fundamental para a possibilidade de adoção de códigos. Torna-se aceitável que a autoridade legislativa positivise um direito por meio de um código, mesmo que sejam derogadas regras peculiares – locais ou nacionais – em favor de um direito racional e positivo. Destarte, o desenvolvimento das teorias jurídicas – que trataremos em maior detalhe no tópico a respeito da desejabilidade da uniformidade jurídica – é que vem permitir a uniformização pela adoção de modelos de códigos.

Deve-se destacar, não obstante isso, que essa uniformização já não se faz com base no respeito a um *jus commune* ou mesmo do desejo de uniformizar o direito em todo o mundo. Sua principal razão é a reorganização interna com a finalidade de participação no capitalismo internacional, que termina por redundar em uniformidade pela relativa escassez de modelos de direito codificado.

É importante, finalmente, destacar que a concepção jurídica positivista está na base da possibilidade de uniformização convencional, que terá seu início efetivo apenas no século XIX. Tanto quanto a uniformização espontânea com base nos códigos modelares, a uniformização convencional depende do fortalecimento das correntes teóricas positivistas.

Assim, também a uniformização em torno dos códigos liberais, sobretudo civis, pode ser vista como um processo que atende a finalidades socioeconômicas. O direito, como nível da realidade, caminha com esta, conformando-se tanto teórica quanto praticamente de acordo com as necessidades práticas relacionadas com o pleno desenvolvimento das forças produtivas. O positivismo legalista tem, dessa forma, relações com a crescente necessidade de atuação do Estado – já presentes na expansão imperialista do capitalismo – à medida que esta depende da mutabilidade instantânea das regras, o que seria impossível tanto em sistemas costumeiros quanto em jusnaturalistas. Essa mutabilidade tem por consequência imediata a transponibilidade e, portanto, possibilita tanto a adoção dos códigos modelares (especialmente, códigos civis francês e alemão) quanto a criação de regras convencionais uniformes.

1.2.3 Novas tendências de uniformização espontânea

Quanto à uniformização espontânea, pode-se ainda apontar atualmente o desenvolvimento da nova *lex mercatoria*. Embora sua elaboração seja, em termos

restrições públicas e o regime, publicamente,⁴ pode-se perceber um esforço das nações na busca de harmonização eventual natural para a constituição e o uso de um campo de regras, mais que tudo principios, tendentes a regular de maneira uniforme grande parte do comércio internacional.

Também não prescindimos trazer à tona no âmbito deste livro as questões expressivas da doutrina da nova *lex mercatoria*, é importante esclarecer que esta surge como uma importante corrente uniformizadora espontânea.

Uma adaptação ao contexto socioeconômico atual – sem a qual não existe a mesma possibilidade de sucesso – por vezes parece certa. São o efeito de palavras negativas como *desregulação* e *liberalização*, parece que a desregulamentação estatal e – consequentemente – a auto-regulamentação privada são as respostas mais adequadas, e que é bastante duvidoso diante de novos problemas, mas comerciais e de problemas, como o dos direitos fundamentais e o do meio ambiente estatal.

Com efeito, a complexidade do mundo atual é muito maior do que a possível de ser evitada com o dogmatismo neoliberal ou com o simplismo de um direito internacional dos comerciantes que aparece subitamente... A mesma argumentação restrita que, no ato de justificar crenças ideológicas, mistura naturalismo, realismo e positivismo, como se seus saberes fossem compatíveis, é a que permite pensar que receitas invariavelmente singelas sirvam para preparar os elaborados pratos do capitalismo pós industrial.

A falta de verdadeira consciência histórica e de preparo teórico é que não vem permitindo aos juristas da nova *lex mercatoria* dar um tratamento adequado à – ai, sim, efetiva – expressão do poder dos grupos dominantes no comércio internacional como fator de uniformização – em favor dos interesses desses grupos – das regras do jogo. A conformação do novo direito internacional dos comerciantes não pode ser devidamente tratada com base em noções clássicas de sistema normativo. É importante notar as reestruturações do sistema de aplicação jurídica, o que inclui o nascimento de uma nova burocracia privada internacional, e suas relações com outros grupos de interesses.

Ha, portanto, uniformização nos campos para onde se expandem os poderes de entidades privadas. São os operadores do comércio e os operadores da nova burocracia privada internacional os efetivos agentes da uniformização por meio da nova *lex mercatoria*. É de lembrar sempre, porém, que há disputa pela regulamentação dos mesmos espaços, tanto por parte dos Esta-

4 – Thick (1984: 103) “A despeito do inenxum volume de trabalhos teóricos dedicados ao estudo da nova *lex mercatoria* publicados nos últimos vinte e cinco anos, seja no sentido de defender a existência e divulgação desse campo de regras comuns a todo comércio internacional, seja para criticar tal proposta ou suas consequências, constata-se uma grande divergência entre os autores na busca de um conceito ou definição para tal conjunto ou sistema de regras.”

das quanto de outros entes privados - sensíveis à oligopolização do comércio mercantil.

Assim, embora esse processo de uniformização espontânea pareça ser bastante diferente tanto de ocorrido com os códigos liberais quanto do ocorrido no novo *ius commune* medieval, existem algumas semelhanças significativas. Essas advêm sobretudo porque a disseminação de conceitos jurídicos apenas tem sentido a medida que se alteram os sistemas operacionais, que - no seu turno - são condicionados historicamente. As novas organizações do novo - na passagem para a Idade Moderna, a centralização do Estado e, na passagem para a Contemporânea, a democracia que consolida o domínio da burguesia industrial - são responsáveis pelas transformações do direito e, inclusive, por sua uniformidade relativa. Sem embargo, essas novas configurações jurídicas também são dependentes das novas visões de e sobre o direito: tanto a noção de *ius commune* e importante para a centralização da administração da justiça, quanto as noções racional-naturalistas servem de importante sustentáculo às revoluções do final do século XVIII e o positivismo à burocratização e ao domínio revolucionário.

De maneira semelhante, a formação de um direito transnacional dos comerciantes depende de novas formas de organização, tanto da maneira de conceber o direito quanto de administrar sua aplicação. Se o poder passa a consolidar-se para além dos espaços nacional e espacialmente definidos, então pode haver nova *lex mercatoria*. Um direito efetivamente desvinculado dos Estados, assim, depende da eficácia decisória de instâncias decisórias privadas internacionais - cujo exemplo, já clássico, é dado pelas câmaras arbitrais. A eficácia independente de procedimentos estatais de execução - e, portanto, o florescimento de outros instrumentos para o exercício do poder econômico - é o principal início de que pode haver um novo direito espontaneamente uniforme.

1.2.4 Traços genéricos da uniformização espontânea

O estudo do surgimento histórico de uniformidade relativa tanto na expansão do direito romano como *ius commune* quanto na tomada dos códigos frances e alemão como modelares permite encontrar algumas regularidades importantes.

Em primeiro lugar, como é de esperar, a adoção de um direito semelhante é intimamente ligada à necessidade socioeconômica de resolver problemas semelhantes. Assim, na Idade Média o *ius commune* adapta-se às necessidades das sociedades que se modernizam e precisam de um novo direito - o que ocorre efetivamente apenas com a profissionalização da administração da justiça - e os códigos servem perfeitamente para o capitalismo industrial e imperialista.

A reprodução e a expansão de um modelo socioeconômico provocam e perfazem-se também pela criação de um novo direito, que tende a ser similar na medida da semelhança dos modelos geograficamente distribuídos.

Em segundo lugar, inclusive por consequência do inicialmente observado, a uniformização espontânea não significa simplesmente a semelhança de regras de vários sistemas normativos. Mais do que isso, ela surge (1) da semelhança dos modos de operar a regulamentação social e (2) da uniformização das formas de compreensão do direito ou, em outras palavras, de sua configuração conforme as teorias dominantes.

Assim, tanto foram essenciais a centralização e a profissionalização da administração da justiça na passagem da Idade Média para a Moderna, quanto o foram a estatização e o aprofundamento da burocratização dos judiciários nacionais na Idade Contemporânea.

Por outro lado, o escolasticismo, o naturalismo e o positivismo legalista são extremamente funcionais para as épocas em que existem.

O fato de que os modelos jurisdicionais e teóricos se tenham expandido geograficamente é, assim, fundamental para a relativa uniformização espontânea.

1.3 SENTIDO E DESEJABILIDADE DA UNIFORMIZAÇÃO

É certo que, em primeiro lugar, apenas existe sentido em se falar de uniformização do direito se há diferenças consideráveis entre sistemas jurídicos.

A percepção dessa diversidade, entretanto, não é suficiente para que se coloque a necessidade de um direito uniforme como objetivo.

Na argumentação favorável à criação e implementação de sistemas normativos uniformes, existem duas tendências justificadoras que, embora com pontos de contato importantes, são bastante claras: a que relaciona a uniformização com um projeto de transformação social por meio da implementação de um direito ideal e a que relaciona a uniformização com a resolução de problemas emergentes que reclamam uma solução global.

Essas duas tendências argumentativas têm-se alternado e complementado de maneiras diferentes no curso do tempo. Assim, entendemos que o direito uniforme pode ser mais bem compreendido em sua forma atual com base em algumas observações históricas.

Sem dúvida, o surgimento e a sedimentação dos Estados nacionais, a internacionalização das relações econômicas e sociais e o desenvolvimento da teoria jurídica são fundamentais para a conformação dos ideais uniformizadores. Suas raízes, porém, lançam-se, antes de mais nada, nas noções de mundo e sociedade possíveis e ideais.

O sentido dado à meta de um direito uniforme depende em grande parte da crença em um direito ideal, que *deveria vigorar* universalmente como parte de uma ordem natural.

A concepção do universo como dotado de uma arquitetura harmônica por certo não é uma noção surgida com o racionalismo do século XVIII. Até mesmo nas sociedades arcaicas há, em geral, grande importância atribuída ao mundo harmônico constituído pela religião e pelos mitos, um mundo sacralizado com sentidos simbolicamente fundados e entretecidos, que com base na ruptura com o profano cria o mundo real.⁴⁸ Da mesma forma, a filosofia e a religião vêm articulando o universo com a harmonia buscada pela compreensão humana.

De fato, a ordem como uma característica do mundo está tanto na filosofia grega quanto na religião cristã, tão fundamentais para a construção do pensamento ocidental. O Iluminismo – laico, racionalista e naturalista – mantém as características da ordem cósmica, embora opere transformações importantes em sua articulação.

Antes, com base na noção tradicional de ruptura com o caos – própria dos mundos sacralizados –, constrói-se um mundo claramente referencializado: com base no centro e nas perfeições compreende-se o mundo humano como parcialmente incluído e parcialmente distanciado, ou seja, ordenado, mas imperfeito. Com a redefinição humanista – e depois racional naturalista – do papel e da situação do homem no cosmos, entretanto, abandona-se um mundo de referências fixas e de rupturas⁴⁹ para ingressar num mundo contínuo – portanto

48. Eliade (s.d.: 43-44): “O que caracteriza as sociedades tradicionais é a oposição que elas subentendem entre o seu território habitado – e o espaço desconhecido e indeterminado que o cerca: o primeiro é o ‘mundo’ (mais precisamente: ‘o nosso mundo’), o Cosmos; o resto já não é um Cosmos, mas uma espécie de ‘outro mundo’, um espaço estrangeiro, caótico, povoado de espectros, de demônios, de ‘estranhos’ (assimilados, aliás, aos demônios e às almas dos mortos). À primeira vista, esta rotura no espaço parece devida à oposição entre um território habitado e organizado, portanto, ‘cosmizado’, e o espaço desconhecido que se estende para além das suas fronteiras: tem-se de uma parte um ‘Cosmos’ e de outra um ‘Caos’. Mas ver-se-á que, se todo o território habitado é um ‘Cosmos’, é justamente porque foi consagrado previamente, porque, de um modo ou de outro, tal território é obra dos Deuses ou está em comunicação com o mundo dos Deuses. O ‘mundo’ (quer dizer: ‘o nosso mundo’) é um Universo no interior do qual o sagrado se manifestou já, onde, por consequência, a rotura dos níveis foi tornada possível e se pode repetir. É fácil compreender por que é que o momento religioso implica o ‘momento cosmogônico’: o sagrado revela a realidade absoluta, e ao mesmo tempo torna possível a orientação, portanto *funda o mundo*, neste sentido que fixa os limites e por consequência estabelece a ordem cósmica.”

49. Burt (1983:32-33) esclarece que tanto a Terra como centro do universo quanto Roma como o centro da Europa deixam, no Renascimento, de ser noções aceitas *a priori*, o que implicou homogeneização dos objetos da Astronomia e da Geografia.

quantificável e não simplesmente qualificável⁵⁰ – e de referências móveis, ou seja, relativizado.

O universo ptolomaico organiza-se em esferas concêntricas em torno da Terra – cada qual funcionando conforme regras especiais, desde a perfeita imobilidade das estrelas até as constantes transformações do mundo sublunar –, concepção alterada na teoria copernicana e, por fim, na física newtoniana, em que todos os referenciais são móveis e as leis universais.⁵¹

Se, por um lado, o universo de Newton e a geometria de Descartes constroem um universo sem referenciais fixos, o empirismo britânico de Berkeley e Hume centraliza a discussão epistemológica no sujeito cognoscente, o que exsurge de maneira perfeita nas críticas kantianas, fixando alguns referenciais no próprio sujeito que articula o mundo com base em dados sensíveis ou de categorias apriorísticas.

No campo da teoria social e política, o desenvolvimento de ideários que negam uma diferenciação imanente – quer entre governo e povo, quer entre estamentos sociais – funciona como uma negação das rupturas essenciais em prol de uma homogeneização. O próprio contratualismo de Rousseau e mesmo o de Hobbes negam hierarquias prévias, pois implicam uma ordem construída, não dada.

Uma única natureza em um único universo conhecidos por sujeitos análogos determinam uma ordem contínua, sem rupturas.⁵² Assim como o céu já não é observado como uma série de esferas com organização crescente e a sociedade organizada em estamentos ligados a privilégios funcionais e hereditários, também os continentes e os países – a despeito do colorido painel de diversidades de Montesquieu, cuja própria composição é sujeita a regras gerais⁵³ – deixam de ser essencialmente diferenciados.

As transformações sociais históricas em que a burguesia passa a ser a elite na Europa do século XIX, inclusive implementando certa mobilidade social, são pautadas pelo naturalismo e pelo racionalismo. Por um lado, a nova maneira de ver e constituir o mundo – em que as rupturas essenciais são tidas como falsas e

50. Burt (1983:42-43) esclarece que o aristotelismo dominante na Idade Média passa a ser, no Renascimento, contrarrestado pelo platonismo – mais especificamente o do *Timeu* – e, portanto, a noção de um cosmos construído por hierarquias e qualitativamente ordenado passa a ser substituída por uma que aceita a homogeneidade do cosmos e enfatiza a importância da matemática e da quantificação.

51. Kuhn (1993) proporciona uma excelente narrativa do desenvolvimento das cosmologias e dos contextos socioculturais em que este se insere.

52. Sobre a importância da influência da rearticulação científica do mundo – com base no pensamento de Galileu e Descartes –, ver Wieacker (1988:284-285).

53. Starobinski (1990:17-18).

antinaturais – é um fator necessário para a criação de uma consciência de classe burguesa, possibilitando as reivindicações com base em um mundo idealizado, em que a liberdade toma o posto de regra natural suprema, objetivo de toda ação política e requisito para a própria constituição da igualdade. Por outro lado, o racionalismo e o naturalismo surgem como componentes de um discurso de justificação da necessidade de estatuição de uma nova ordem e de articulação dos objetivos políticos e sociais: cria-se uma nova estrutura de pensamento e justificação na qual o decantado respeito pela tradição dá lugar a um repúdio ao velho – fraco e estático – e desejo do novo – transformador e vigoroso. A razão que desnuda a natureza, tornando claros os objetivos e o sentido da vida, contrasta com o irracionalismo das instituições tradicionais e a crença cega exigida pelas religiões.

O projeto de um direito, portanto, redefine seu sentido no âmbito da utopia liberal iluminista. Um direito laico, que privilegia a liberdade – própria de um sistema universal – diante da tradição – característica dos costumes locais – e que se organiza em sistemas racionalmente coerentes pode, indubitavelmente, ser apresentado em oposição ao medieval e, pelo menos em certa medida, ao do Renascimento. Mais do que isso, porém, o direito apresenta-se pela primeira vez como um meio de transformação da sociedade, implementando um projeto amplo, aceito como capaz de melhorar efetivamente a vida das pessoas.

Destarte, a codificação termina por se apresentar como o coroamento do jusnaturalismo: o direito emanado de uma autoridade central elimina tanto os particularismos regionais quanto a irracionalidade das regras costumeiras. Como projeto de uma razão que esclarece e instala a liberdade, o direito age como transformador da sociedade,⁵⁴ como instrumento de uma nova consciência histórica.

Se isso existia de maneira definida até o início do século XIX,⁵⁵ primeiramente no direito natural de origem religiosa e depois, com o Iluminismo, no direito natural racional, já a escola histórica alemã, com base em ideais românticos e por meio da concepção herderiana da História,⁵⁶ rompe com a universalidade e a atemporalidade do direito.

54. Wieacker (1988:366-367): “Apesar do caráter muito facetado das circunstâncias de seu aparecimento, estes códigos apresentam um idêntico perfil espiritual. Distinguem-se de todas as anteriores redações de direitos desde logo pelo fato de que eles não fixam, ordenam ou melhoram (‘reformam’) direito já existente, nem pretendem completá-lo (...); eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. (...) Os códigos jusnaturalistas foram atos de transformação revolucionária. (...) Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projetos de um futuro melhor.”

55. Berlin (1991:29 ss).

56. Bobbio (1995:51 ss) e Wieacker (1988:403 ss).

Com a codificação, seguida da escola da exegese, o direito termina por ser percebido na prática como mutável, como sujeito a transformações derivadas quer da vontade do Legislativo, quer das transformações históricas.⁵⁷

O que importa ressaltar, inobstante, é que a desejabilidade incondicional do direito uniforme tem uma relação direta com uma percepção universalista, de base evidentemente racional-jusnaturalista do direito, pois a aceitação de que este seja histórica e geograficamente condicionado – abandonando a possibilidade de universalização no campo da razão prática – implica a relativização da uniformidade como meta.

De fato, embora não se possa afirmar que as noções universalistas do direito estão hoje ausentes das articulações teóricas dos juristas, o positivismo jurídico leva necessariamente a critérios de validade que isolam o ordenamento positivo do direito natural. Se a noção de sistema no direito parte da coerência substantiva, o que ainda é predominante na sistematização do direito privado pelos pandectistas alemães, os critérios de validade passam a ser predominantemente de ordem formal, como na formulação kelseniana da norma fundamental,⁵⁸ ou mesmo na norma de reconhecimento de Hart.⁵⁹ Com isso, a própria noção de sistema jurídico transforma-se, passando a ser visto como um sistema formal que garante a coerência substantiva, por meio da eliminação das antinomias e da integração do direito.

É nesse sentido que a uniformidade do direito deixa de ser um dado imanente que se encontra no direito natural universal, passando a depender da unificação em um sistema centralizado de fontes: se o direito é posto por uma autoridade (Austin), produzido com base em uma norma fundamental (Kelsen), reconhecido do ponto de vista interno de uma sociedade (Hart) ou organizado em ordenamentos com base em regras de pertinência (Bobbio), sua unidade parte dessas regras sobre a validade das normas jurídicas. A coerência do sistema passa a ser garantida com a atividade do cientista do direito⁶⁰ que constrói o sistema substantivo pela interpretação racional e pela utilização dos critérios que eliminam as antinomias. A realização dessa tarefa constitutiva da coerência e da completude depende da pressuposição de coerência sistemática. A unidade apenas pode existir *dentro* de um sistema e, portanto, a uniformidade depende da centralização.

Essa centralização, mesmo admitindo-se o monismo de base internacional, passa a depender da atividade legislativa e jurisdicional, ou seja, depende de quem põe o direito e de quem aplica o direito. Sua construção passa a ser

57. Hassemer (1992:207-208).

58. Kelsen (1984:267 ss).

59. Hart (1986:97 ss).

60. Kelsen (1994:110 ss).

entendida não como o resultado da adoção das regras universais imanentes, mas da atividade sociopolítica de produção do direito.

Nesse contexto, a desejabilidade de uma uniformização desloca-se, deixando de ser a condição atingida como resultado da descoberta do direito natural, portanto justificável *per se*, passando a ser uma construção que deve ser justificada, pois deixou de ser fundada sobre um dado imanente à própria definição de direito. Se a uniformidade é benéfica, seus benefícios são instrumentais, ou seja, devem ser justificados pela alusão a outros fins. A ampliação da extensão geográfica da validade dos direitos fundamentais, o aumento dos fluxos comerciais e a conseqüente geração de riqueza e o tratamento comum de problemas supranacionais, como a proteção do meio ambiente e o combate ao narcotráfico, passam, então, a ser os justificadores da necessidade de uniformização jurídica. Direitos de eficácia regionalizada – como grande parte do direito de família e sucessões, assim como de parcelas do direito penal – deixam de ser de uniformização desejável.

A formalização da noção de ordenamento jurídico implica ainda outra conseqüência importante para o tema do direito uniforme. Esta consiste na generalização da base de reconhecimento do sistema.

É certo que já na escola histórica há a fragmentação do direito em diversos direitos nacionais, o que toma por pressuposto a noção de um direito construído histórica e nacionalmente, portanto sobre uma base sociológica *constatada* e não mais numa razão prática universalizada ou universalizável.⁶¹ A adaptação, porém, do direito à realidade nacional atual ainda se restringe à normatização sobre o conteúdo, vale dizer: o direito *deve ser* de determinada maneira para que se adapte às relações sociais próprias de uma comunidade nacional historicamente situada, mas os fundamentos do sistema jurídico não se buscam nessa relação – de certa forma são tidos como dados.

É o problema da definição do direito como uma ordem coercitiva que passa a pôr em destaque o problema de sua fundamentação sociológica. O direito positivo passa a ser reconhecido com base na organização estatal e na centralização do uso da força, o que pressupõe a possibilidade científica de reconhecimento dos Estados, de conhecimento sobre uma forma específica de organização socioinstitucional. É certo que, para Kelsen, a noção de Estado se confunde com a de ordenamento jurídico,⁶² mas, como o próprio direito tem

61. As utopias naturalistas trabalham com a noção de regras naturais universais que podem ser verificadas, apreendidas pela razão humana, mesmo que ainda não o tenham sido (Berlin, 1993:32-37).

62. Kelsen (1984:385-390) e (1994:187-198). É interessante notar que, até a edição francesa, de 1953, da *Teoria pura do direito*, a crítica à teoria tradicional do dualismo entre Estado e direito faz-se especialmente do ponto de vista da teoria do conhecimento, mas na 2ª edição, em alemão, a crítica inclui a função ideológica desse dualismo.

a efetividade como condição, embora essa categoria não seja constitutiva no sentido cognoscitivo – a norma fundamental, sim, o é –, é necessário que se identifique determinada ordem jurídica como efetiva – atual ou historicamente – para que se lhe possa atribuir o caráter positivo.⁶³ Isso, evidentemente, depende de um reconhecimento social, que é pelo menos muito próximo do proposto por Hart relativamente à regra de reconhecimento como *ultimate rule*.⁶⁴

Como o ordenamento jurídico perde seu fundamento transcendental e passa a ser descrito externamente em termos de eficiência, previsibilidade⁶⁵ e coerção, a noção de direito uniforme passa a ter na noção de ordenamento único seu máximo e, portanto, a teoria do direito uniforme transfere-se, pelo menos parcialmente, da relação entre conteúdos dos direitos postos com um conteúdo universalmente válido *a priori* para a relação formal entre ordenamentos jurídicos positivos.

Portanto, a questão da uniformização deixa de ser simplesmente a da relação entre os conteúdos semânticos dos sistemas, para ingressar também na esfera das relações entre ordenamentos. Se o sistema jurídico é único, existe a possibilidade de uniformização com base na centralização das decisões; se há vários sistemas, será uma relação formal que garantirá o início de um processo uniformizador.

Destarte, faz-se mister investigar o tema das relações entre ordenamentos jurídicos, o que servirá como ponto de partida para a compreensão da noção de direito uniforme e, em decorrência, das possibilidades e dos limites da tarefa uniformizadora.

1.4 DIREITOS DE IGUAL CONTEÚDO

Uma característica tida por central para a caracterização do direito uniforme é a identidade de conteúdo normativo. Esse é um critério bastante problemático, especialmente porque o sentido do texto normativo é resultado de um processo atributivo-construtivo de sentido para determinada situação e não a descoberta de um sentido dado aprioristicamente, como veremos *infra*.

A identidade dos textos, entretanto, serve como um critério passível de ser utilizado com maior propriedade. Sem embargo, não se pode mencionar a

63. Kelsen (1984:60 ss e 363 ss).

64. Hart (1986:107-114).

65. P. ex.: Ross (1963:29 ss).

identidade de formulação das regras, senão quando o direito uniforme é elaborado numa única língua. Pode-se, porém, montar um código de transformação, ou seja, uma matriz de tradução que permita transpor o texto de uma língua para outra, o que não deixa de ser um dado relativamente arbitrário.⁶⁶

A uniformidade dos textos não se confunde com a do conteúdo. A primeira dá-se quanto aos significantes e a outra no campo dos significados.⁶⁷ O critério da uniformidade dos conteúdos, embora, em princípio, afaste o problema da formulação em mais de uma língua, é também difícil de ser utilizado, pois não pode ser verificado senão pela utilização de uma língua-ponte.⁶⁸ Ademais, a atribuição de um significado depende do contexto discursivo e do contexto em que o discurso se desenvolve. A uniformidade de conteúdos pode, entretanto, ser tratada como uma uniformidade de textos, já que a partir desta seria possível afirmar – não sem certo charlatanismo – que os conteúdos seriam potencialmente idênticos.

É certo que existem casos em que há aproximação notável – ou mesmo identidade – dos textos, sem que exista vinculação juridicamente positiva. É o caso da recepção após processos de fragmentação de Estados ou de independência de colônias, assim como os de adoção voluntária de um corpo de normas idêntico ao de um país estrangeiro – como no clássico exemplo do Código Civil belga de 1811.⁶⁹ Nesses casos, a uniformidade pode ser descrita com maior propriedade por meio de um critério material: a identidade de textos ou de conteúdos.⁷⁰ Entretanto, para os casos em que é possível identificar uma origem formal comum, não há a necessidade de observar a identidade textual.

66. A formulação de uma tábua de conversões, em que cada termo está relacionado com um único termo de outro idioma, dificilmente poderia dar conta dos sinônimos, o que levaria sempre à verificação de que os textos são divergentes. Para a elaboração da matriz de tradução, seria mais interessante considerar referências múltiplas, tomando em conta as palavras que podem ser utilizadas alternativamente no mesmo posto e, portanto, tomando a identidade de textos quando esta for possível.

67. Sobre signos, ver Barthes (1984:29 ss) e Saussure (1993:79 ss).

68. Flusser (1969, *passim*).

69. Ver nota 46.

70. Há, ainda, a possibilidade de construir teorias históricas ou jusnaturalistas. O primeiro grupo aponta para uma unidade de conteúdos primitiva e utiliza-se da diferenciação historicamente construída para explicar a unidade. No direito, a teoria da redescoberta do direito romano como ponto de partida das semelhanças dos direitos continentais europeus, embora com formulações diversas [ver David (1968:37 ss), Gilissen (1988:202 ss), Moreira Alves (1987:68 ss), e Wieacker (1993:97 ss)], representa um exemplo do primeiro bloco de teorias. São basicamente teorias descritivas e normalmente não mencionam vinculações formais entre os sistemas diferenciados – portanto, não servem para responder à questão do vínculo formal entre ordenamentos. As teorias jusnaturalistas tendem a explicar a uniformidade das regras como a expressão de uma razão universal natural. Ou seja: as normas são semelhantes porque expressam uma racionalidade imanente à idéia de direito, mesmo que de uma forma relativamente imperfeita [ver, p. ex., Montesquieu (1993:11-17)]. Essas teorias – que tomam por

A adoção de um critério formal para a uniformidade, qual seja, o procedimento de feitura e incorporação das normas, serve para o sentido estrito de direito uniforme que adotamos, e pode ser muito mais facilmente utilizado do que o de identidade-conversibilidade textual.

Evidentemente, a utilização do critério material ou do critério formal pode levar a resultados diferentes. Isso é o que ocorre quando há falhas de tradução, o que implicaria a diferença textual mesmo com a unidade de origem.⁷¹

Destarte, o sentido de direito uniforme varia conforme o critério adotado. Nossa proposta de trabalho toma por base o conceito formal de direito uniforme, pois tem a vantagem de ser identificável e, principalmente, coloca-se no campo da análise das relações entre ordenamentos.

O enfoque formal implica algumas questões básicas que enriquecem a análise do direito uniforme, especialmente:

1. o direito uniforme *deve ser* aplicado pelo juiz nacional?
2. o direito uniforme *deve ser* aplicado *uniformemente*?

cuja resposta depende da análise:

1. da fonte de validade do direito uniforme;
2. da estrutura do dever de aplicar;
3. da estrutura do dever de aplicar uniformemente.

Entendemos que a adoção do ponto de vista formal permite análise mais detalhada e profunda do direito uniforme, à medida que aponta para as questões

princípio a idéia de que os fundamentos transcendentais do direito positivo permitem o controle da validade com base na cognição de regras naturais – são de caráter normativo, mas constroem um modelo que modernamente perdeu vigor no pensamento jurídico. Não obstante isso, a teoria da eficiência econômica do *common law* (ver Mercado Pacheco, 1994:49-52 e Posner, 1992:31-267) – na formulação da vertente de Chicago da Análise Econômica do Direito – apresenta características próximas ao jusnaturalismo, à medida que é, no limite, a tendência maximizadora dos benefícios individuais própria de todos os homens (noção do *homo oeconomicus*) que a fundamenta.

71. Um exemplo interessante é o do art. 3º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado (Montevideu, 1979): “Quando a lei de um Estado Parte previr instituições ou procedimentos essenciais para a sua aplicação adequada e que não sejam previstos na legislação de outro Estado Parte, este poderá negar-se a aplicar a referida lei, desde que não tenha instituições ou procedimentos análogos.” Esse artigo parece lidar com o tradicional problema da instituição desconhecida, o que vai contra o sentido com o qual foi inserido na convenção por iniciativa da delegação dos Estados Unidos, pois teria, como tem em inglês, o sentido de que o Estado pode negar-se a aplicar a lei estrangeira quando não dispõe de órgãos especializados, como no país de origem, para a aplicação desta. Portanto, o mencionado artigo não é uniforme no sentido textual, embora o seja no sentido formal. A falha de tradução pode ser utilizada para a interpretação do artigo.

de sua validade e efetividade nos sistemas jurídicos positivos. A questão da aplicação uniforme deixa de ser tratada como uma exigência posta heteronomamente, quer por um meta-sistema transcendente (como no jusnaturalismo racionalista), quer pela finalidade dos processos uniformizadores. Esta passa a ser tomada do ponto de vista da estrutura do dever jurídico e sua fundamentação no sistema formalmente delimitado.

Em outras palavras, a pergunta a respeito da aplicação uniforme do direito uniforme sai do âmbito das especulações sobre desejos ou deveres externos aos sistemas positivos, para ser reformulada no âmbito das relações entre os sistemas positivos.