

1. O Estado como grandeza portadora de uma nova ordem espacial da Terra, interestatal e eurocêntrica

O emergir de imensos espaços livres e a tomada de terra em um novo mundo possibilitaram um novo direito das gentes europeu de estrutura interestatal (*interstatale*). Um progresso real foi alcançado nessa época interestatal do direito das gentes, que pode ser datada do século XVI até o fim do século XIX: uma delimitação e circunscrição da guerra europeia. Esse grande resultado não pode ser explicado nem a partir das fórmulas tradicionais medievais da guerra justa nem a partir dos conceitos do direito romano. Ele só surgiu por ter-se formado uma nova ordem espacial concreta, um equilíbrio entre os Estados territoriais [*Flächenstaaten*] do continente europeu na sua articulação com o império marítimo britânico, tendo gigantescos *espaços livres* como pano de fundo. Com o surgimento, no solo europeu, de múltiplas formações de poder territorialmente [*flächenmäßig*] fechadas em si, com governo e administração centrais unificados e com fronteiras fixas, surgiram os portadores adequados de um novo *jus gentium*. Por intermédio da ordem espacial concreta do Estado territorial, o solo da Europa recebeu um *status* específico no direito das gentes, tanto em si mesmo quanto em relação ao espaço do mar livre e a todo o solo ultramarino, não europeu. Isso tornou possível, por um período de trezentos anos, um direito das gentes comum, já não eclesiástico nem feudal, mas precisamente estatal.

a) A superação da guerra civil pela guerra em forma estatal

O primeiro efeito racionalizador da formação espacial “Estado” consistiu, na política interna e externa, na des-teologização da vida pública e na neutralização das contradições da guerra civil religiosa. Isso significou a eliminação dos partidos supraterrestriais que estavam presentes nas guerras civis dos séculos XVI e XVII. As guerras civis religiosas terminaram. No âmbito territorial do Estado, e por causa do Estado, as divergências entre os partidos religiosos foram superadas por uma decisão jurídica

de caráter público, já não eclesiástica, mas estatal e policial. Para a nova ordem interestatal do continente europeu, que surge desde a tomada europeia de terra no Novo Mundo, e para as suas guerras intraeuropeias, a des-teologização teve um efeito evidente: racionalizar e humanizar a guerra, isto é, possibilitar sua circunscrição no âmbito do direito das gentes. Esta circunscrição reside na separação do problema da guerra justa em relação ao problema da *justa causa* e na sua sujeição a categorias jurídico-formais.

Foi uma façanha europeia tornar a guerra, com todo o rigor, um acontecimento levado a cabo entre Estados europeus soberanos, sendo assim estatalmente autorizada e estatalmente organizada. Isso significou superar a intransigência [*Rechthaberei*] confessional, que, nas guerras entre partidos religiosos dos séculos XVI e XVII, tinha fornecido os motivos para as piores crueldades e a degeneração da guerra em guerra civil. Mesmo na Idade Média, quando ainda existia uma autoridade espiritual comum, havia aparecido o lado perigoso da doutrina da guerra justa. O Concílio de Latrão, de 1139, tinha tentado restringir a guerra entre príncipes e povos cristãos, proibindo o uso de flechas e artefatos de longo alcance. Essa proibição é frequentemente citada e bastante conhecida. Menos conhecido, mas de muito maior significado, é o fato de que a glosa logo tornou problemático o efeito da proibição, chegando a transformá-la em seu contrário, pois ela se referia apenas à guerra injusta, enquanto na guerra justa devia ser permitido que o lado justo recorresse a qualquer meio. A conexão entre guerra justa e guerra total já é visível aqui.¹ Nas guerras entre partidos religiosos dos séculos XVI e XVII também já tinha aparecido a conexão, igualmente importante, da guerra justa e total com a guerra interna, a guerra civil.

No novo direito das gentes europeu, a guerra entre Estados surgiu em oposição à guerra religiosa e à guerra civil, neutralizando e superando as oposições entre os partidos. A guerra torna-se agora uma “guerra em forma”, “*une guerre en forme*”, pois se torna uma guerra entre Estados europeus como tais, claramente delimitados no que concerne ao seu território, um confronto entre unidades espaciais representadas como *personæ publicæ* [pessoas públicas] que formam, no solo comum euro-

¹ *Decretalium Gregori IX, lib. V tit. XV de sagittariis*; E. Nys, *Les origines du droit international* (1894, p. 192, Decreto Inocência II).

peu, a “família” europeia e que, desse modo, estão aptas a se ver mutuamente como *justi hostes* [inimigos justos]. Dessa maneira, a guerra pôde se tornar algo como o análogo de um duelo, um terçar armas entre as *personae morales* [pessoas morais] territorialmente definidas, que constituem entre si o *jus publicum europæum* [direito público europeu], na medida em que dividem entre si o solo da Europa, enquanto o restante do solo da Terra – nessa ordem espacial global, mas ainda inteiramente centrada na Europa – é tratado como livre, isto é, como livremente ocupável pelos Estados europeus. O solo europeu converte-se, de modo particular, em teatro de guerra, o *theatrum belli*, o espaço circunscrito no qual poderes estatalmente autorizados e militarmente organizados medem forças sob os olhos de todos os soberanos europeus.

Em comparação com a brutalidade das guerras religiosas e de partidos, que por natureza são guerras de aniquilação e nas quais os inimigos se discriminam mutuamente como criminosos e piratas, e em comparação com as guerras coloniais, conduzidas contra povos “selvagens”, isso significa uma racionalização e uma humanização, com efeitos profundos. A ambas as partes beligerantes cabe o mesmo caráter estatal com igual direito. Ambas as partes reconhecem-se como Estados. Torna-se possível diferenciar o inimigo e o criminoso. O conceito de inimigo pode assumir uma formulação jurídica. O inimigo deixa de ser algo “que tem de ser aniquilado”. *Aliud est hostis, aliud rebellis* [uma coisa é um inimigo, outra coisa um rebelde]. Por essa via, também se torna possível firmar um tratado de paz com o vencido. Assim, o direito das gentes europeu conseguiu a circunscrição da guerra com a ajuda do conceito de Estado. Todas as definições que exaltam o Estado e que hoje, na maior parte das vezes, já não são compreendidas remontam a esse grande feito, por mais que, em situações posteriores, possam ter sido usadas equivocadamente e parecido deslocadas. Uma ordem de direito das gentes que tem por fundamento a liquidação da guerra civil e que circunscreve a guerra, na medida em que a transforma num duelo entre Estados europeus, legitimou-se, de fato, como um reino da razão relativa. A igualdade dos soberanos torna-os parceiros de guerra com igualdade de direitos e os mantém afastados dos métodos da guerra de aniquilação.

O conceito do *justus hostis* cria também o espaço para a neutralidade de terceiros Estados no âmbito do direito das gentes. Isso contribui para

que a justiça assassina das guerras de religião e de partido seja neutralizada. A justiça das guerras que os *magni homines* [grandes homens], as *personae morales* do *jus publicum europæum* como tais fazem entre si, em solo europeu, é um problema de tipo particular. De modo nenhum ela pode ser considerada, do ponto de vista do direito das gentes, como um problema de culpa moral-teológica. Juridicamente, ela já não implica qualquer questão de culpa, qualquer problema de uma *justa causa* em termos de conteúdo moral nem, sobretudo, qualquer problema jurídico em sentido normativista. Obviamente, só são permitidas guerras justas no âmbito do direito das gentes. A justiça da guerra, porém, já não reside na adequação a determinados conteúdos de normas teológicas, morais ou jurídicas, mas na qualidade institucional e estrutural das formações políticas que fazem guerra entre si num mesmo plano e que, apesar da guerra, não se veem reciprocamente como traidoras e criminosas, mas como *justi hostes*. Em outras palavras, o direito de guerra repousa exclusivamente na qualidade das partes beligerantes portadoras do *jus belli*, e tal qualidade baseia-se no fato de que os que se combatem são soberanos com direitos iguais.

Não é preciso exagerar a analogia da guerra interestatal com um duelo, mas essa analogia aplica-se em larga medida e fornece vários pontos de vista esclarecedores, heurísticamente úteis. Onde o duelo é reconhecido como instituição, a justiça de um duelo reside igualmente na nítida separação entre a *justa causa* e a forma, entre a norma de justiça abstrata e a *ordo* concreta. Em outras palavras, um duelo não é justo porque a causa justa sempre vence, mas porque a salvaguarda da forma assegura determinadas garantias: a qualidade das pessoas que se batem em duelo, a observância de um procedimento que produz a circunscrição do combate e, em particular, a admissão paritária de testemunhas. O direito converteu-se aqui em forma inteiramente institucional; ele consiste em que homens honrados, capazes de dar satisfação, resolvem entre si uma questão de honra, de acordo com formas prescritas e diante de testemunhas imparciais. Um desafio para um duelo, um *défi*, conseqüentemente, não é nem um ataque nem um crime, como tampouco o é a declaração de guerra. Aquele que desafia outro não precisa, objetivamente, ser o atacante. Assim se desenrola também, em sua forma ideal, a guerra interestatal do direito das gentes intraeuropeu, no qual os Estados neutros fun-

cionam como as testemunhas imparciais. No sentido do direito das gentes europeu da época interestatal, é justa qualquer guerra interestatal, feita em solo europeu, segundo as regras do direito europeu da guerra, por exércitos organizados dos Estados reconhecidos pelo direito das gentes europeu.

b) A guerra como relação entre pessoas igualmente soberanas

De onde vêm os homens honrados, capazes de dar satisfação, que travam entre si esse novo tipo de guerra? Um passo decisivo para a nova grandeza “Estado” e para o novo direito das gentes interestatal consistiu em representar como *personas* as formações de poder territorialmente fechadas. Assim elas obtiveram a qualidade que conferia sentido à analogia da guerra com um duelo. Foram representadas como “grandes homens”, *magni homines*. Para a fantasia dos homens, eram de fato pessoas soberanas, pois não se diferenciavam bem da pessoa humana dos detentores representativos do poder, dos portadores das antigas e novas coroas, dos reis e príncipes. Esses reis e príncipes podem agora ser “grandes homens”, pois se tornaram absolutos. Libertaram-se de vínculos medievais de natureza eclesiástica, feudal e estamental. Incorporaram-se aos vínculos de uma nova ordem espacial, cuja particularidade ainda interpretaremos. A personificação é importante para a formação do conceito do novo direito das gentes interestatal, pois somente por essa via os juristas dos séculos XVI e XVII, formados no direito romano, encontraram um ponto de partida para suas construções jurídicas. Isso tem um grande significado, pois somente por essa via a guerra se torna uma relação entre pessoas que se atribuem mutuamente determinada posição. Os soberanos se reconhecem como tais, ou seja, como agentes de reconhecimento mútuo. Somente assim o conceito de *justus hostis*, que se encontrava nos autores antigos, pôde receber um novo sentido concreto. Este conceito possui uma força ordenadora completamente diferente e bem maior que o conceito de *justum bellum* [guerra justa].

Compreende-se com facilidade que o surgimento de tais “*personæ morales*” e “grandes homens” tem vários fundamentos histórico-espirituais, e que o individualismo do Renascimento, muito mencionado desde Jacob Burckhardt, também desempenhou aí um papel. Aqui não queremos aprofundar mais esse aspecto. O fenômeno psicológico do individualismo no Renascimento é importante, mas, por si só, não cria um

novo direito das gentes.² Está em jogo, antes, a ligação entre o complexo espacial de poder e a pessoa representativa. Visto da perspectiva histórico-espiritual, o processo de personificação de complexos políticos de poder – tanto os espacialmente fechados como os outros – já está em pleno andamento no século XVI e é fortemente fomentado pela tendência alegorizante do Renascimento. Por essa via, o modo de pensar dos juristas europeus habituou-se a uma personificação das potências políticas e passou a tratar Espanha, Inglaterra, França, Veneza ou Dinamarca como grandes indivíduos.³ Mas só no período barroco do século XVII a pessoa soberana representativa do Estado se impõe totalmente. Desde 1648, com a Paz de Westfália, a práxis das relações políticas também compreendeu, em certa medida, tais construções.

O Estado é concebido agora como elemento de uma nova ordem espacial, como o novo sujeito de direito de um novo direito das gentes, e torna-se irresistível como conceito jurídico. Esse Estado, porém, é essencialmente um espaço territorial [*Flächenraum*], unificado e fechado, do solo europeu, sendo representado ao mesmo tempo como um “*magnus homo*”. Somente agora ele adquire forma, como sujeito jurídico e “pessoa” soberana. Uma ordem espacial equilibrada só se torna possível com a clara delimitação territorial, baseada na coexistência das pessoas soberanas. Os novos “*magni homines*” são iguais em direito e se reconhecem mutuamente dessa maneira, mas sua igualdade como pessoas que integram o círculo estrito dos soberanos europeus é diferente da igualdade que resulta do fato de que cada um, mesmo o menor deles, tem um peso no sistema de equilíbrio territorial. Assim, essa ordem é “pública”, *publici juris*, não apenas por causa do caráter público daquelas pessoas soberanas.

² Franz W. Jerusalem acentuou com razão a conexão entre soberania, individualismo, autoconsciência alargada, glória e prestígio, primeiro no seu escrito “*Völkerrecht und Soziologie*” (1921) e depois em suas obras sociológicas.

³ Os escritos de Boccalini são um único grande exemplo de tais personalizações através da alegorização. Veneza, França, Espanha, Inglaterra etc. são igualmente “pessoas” que surgem falando e agindo. O drama de Shakespeare, na medida em que é político, também é determinado pelo mesmo princípio de personalizações políticas. Isso foi mostrado por Lilian Winstanley, de um modo que me parece persuasivo, designadamente para o Otelo (*Othello, The Italian Tragedy*, 1924), uma tragédia que é particularmente importante para a história da palavra “Estado” por causa do seu emprego da palavra “*state*”.

nas, mas, sobretudo, também como ordem espacial genuína. Só assim ela conseguiu relegar os restos da unidade medieval de uma *Respublica Christiana*, em parte, para a esfera intraestatal e, em parte, para uma esfera puramente privada.

Em termos práticos, a questão de quem, na realidade concreta, eram esses novos “*magni homines*” que substituíam na Europa a *Respublica Christiana* foi esclarecida desde o século XVI, em muitas guerras e numerosas conferências, em batalhas e em disputas em torno de posições e de cerimônias. Além disso, os soberanos europeus permaneceram sendo uma família ligada pelo parentesco e pelo direito de sucessão. Até o século XVIII eles travavam suas guerras como guerras de sucessão. Mas o ponto de vista espacial decisivo é o do equilíbrio – contemplado a partir da Inglaterra, ou seja, a partir do *mar* – entre os Estados territoriais europeus representados como pessoas soberanas. Sem eles já não pode haver qualquer direito das gentes europeu. Os filósofos e juristas podem então polemizar sobre como o novo “*magnus homo*” deve se construir. Mais tarde, também podem formular a pergunta sobre quem deve ser considerado o autêntico portador e o verdadeiro sujeito da soberania e do novo *jus gentium* interestatal: a pessoa do príncipe como representante do Estado ou o Estado (que ela representa) como unidade territorial. Não devemos nos deixar enganar pelas antíteses radicais dos juristas alemães do século XIX. Por razões de política interna, eles exageraram de um modo inteiramente abstrato tais diferenciações entre a pessoa do príncipe e o Estado, tanto em termos do direito das gentes como no plano do direito estatal interno. No entanto, são questões completamente secundárias e, no fundo, tardias, em comparação com a realidade, que tudo domina, da nova ordem espacial europeia dos Estados territoriais e sua apresentação no “soberano”.

A ciência do direito significava, naquele tempo, ciência do direito romano. Por isso, a ciência do novo direito das gentes não podia ser separada da ciência do direito romano de então. Mas agora a ciência do direito civil romano encontrava na *persona publica* do Estado europeu um ponto de partida para o seu trabalho de reflexão jurídica. Ela levava a cabo esse trabalho na medida em que construía a relação dessas pessoas entre si e lado a lado, ou seja, a coexistência concreta, própria à época, de múltiplas ordens territoriais soberanas, algumas vezes como uma sociedade, uma *societas*, outras como uma união, uma *communitas*, outras,

ainda, como uma *família* de pessoas soberanas iguais em direito, procurando retirar daí conclusões práticas. As pessoas soberanas, como tais, são criadoras e portadoras, em todos os casos, do *jus publicum europæum*. Relacionam-se entre si como indivíduos humanos, certamente não como homens pequenos, indivíduos privados dominados pelo Estado, mas como “homens grandes” e *personæ publicæ*.

Em consequência da personalização, as relações entre os Estados soberanos tornam-se suscetíveis de *comitas*, cortesia, assim como de *jus*, juridicidade. Também aqui são diferentes as interpretações filosóficas e as jurídicas. Mas também aqui não devemos deixar que questões secundárias nos distraiam do caráter espacial do novo *ordo*, um *ordo* menos espiritual do que espacial. Uma questão secundária é, por exemplo, a controvérsia sobre se esses “grandes homens”, para além de uma linha de amizade, devem ser imaginados entre si em “estado de natureza” e se esse estado, por sua vez, será representado (segundo Hobbes) como um combate associativo entre Leviatãs ou (segundo Locke) como uma comunidade social de *gentlemen* no fundo já saturados; ou se as relações dos grandes entre si será concebida, de um modo supostamente jurídico-positivo, segundo a analogia de uma *societas* de direito civil, ou como uma *communitas* de direito civil.

Em qualquer caso, a analogia, própria do direito das gentes, do Estado com a pessoa humana, a *international personal analogy*, domina a partir desse momento todo o pensamento do direito das gentes. De todas as construções científicas, a doutrina de Hobbes do estado de natureza dos *magnis homines* mostrou ter mais força e verdade histórico-espiritual. As duas orientações da ciência do direito das gentes, a orientação filosófica e a jurídico-positiva, encontram-se na representação comum de que os Estados soberanos – que, como tais, vivem entre si no estado de natureza – têm o caráter de pessoas. Rousseau, Kant e o próprio Hegel (*Philosophie des Rechts*, § 333) falam no estado de natureza entre os povos estatalmente organizados.⁴ Somente assim o *jus gentium* pôde ser tratado pela ciência jurídica e se converteu numa disciplina nova e autônoma das faculdades de direito. Somente com a personificação dos Estados territoriais europeus surgiu uma ciência jurídica do *jus inter gentes* interestatal.

⁴ Numerosas contribuições no ensaio extraordinariamente importante de Edwin de Witt Dickinson, “International Personal Analogy” (*The Yale Law Journal*, XXII, 1916-1917, p. 564-589).

De Hobbes e Leibniz a Kant, de Rachel a Klüber, todos os autores eminentes afirmaram que os Estados, como “pessoas morais”, vivem entre si no estado de natureza, segundo o direito das gentes. Sem uma autoridade institucional comum mais elevada, os portadores do *jus belli* se contrapõem entre si como pessoas soberanas juridicamente iguais e igualmente justas. Isso pode ser considerado um estado anárquico, mas de modo nenhum um estado carente de direito. É certamente uma coisa diferente de um estado feudal que reconhece o direito do mais forte e o direito de resistência, sob a égide de uma *potestas spiritualis*, o qual tampouco era carente de direito. Como as pessoas soberanas são iguais “por natureza”, isto é, iguais no estado de natureza – ou, mais especificamente, são pessoas soberanas de igual qualidade –, elas não têm nem um legislador comum nem um juiz comum acima de si. *Par in parem non habet jurisdictionem* [um par não tem jurisdição entre seus pares]. Como qualquer um deles é juiz em causa própria, só estão vinculados por seus próprios contratos, cuja interpretação é assunto seu. Como cada um é igualmente soberano em relação aos demais, cada um tem o mesmo direito à guerra, o mesmo *jus ad bellum*. Mesmo quando se supõe que no combate em estado de natureza “o homem é o lobo do homem”, isso não tem qualquer sentido discriminatório, pois também no estado de natureza nenhum desses combatentes tem o direito de suprimir a igualdade e considerar a si mesmo como homem e ao seu adversário como mero lobo. Como veremos adiante, aqui reside o novo conceito de guerra, já não discriminatório, que possibilita tratar os Estados beligerantes como juridicamente iguais do ponto de vista do direito das gentes, isto é, tratar ambos como *justi hostes* que estão jurídica e moralmente no mesmo plano, mantendo separados os conceitos de inimigo e de criminoso.

c) A ordem espacial abrangente

Mas como é possível uma ordem do direito das gentes e uma circunscrição da guerra entre tais soberanos iguais em direito? À primeira vista, nesse direito das gentes interestatal de soberanos iguais em direito, tudo parece depender do fino fio dos tratados com os quais esses Leviatãs se vinculam a si mesmos, do “*pacta sunt servanda*” [os pactos são para cumprir], da autovinculação [*Selbstbindungen*] contratual de soberanos que permanecem livres. Isso seria, de fato, um tipo de direito problemático e

altamente precário. Seria realmente uma união de egoístas e anarquistas, cujas autovinculações lembrariam o gracejo acerca das “amarras com que um mágico prende a si mesmo” [*Selbstbindungen eines Entfesselungskünstlers*]. Na realidade, porém, mantiveram-se fortes vínculos tradicionais, com considerações de natureza eclesiástica, social e econômica. Por intermédio disso, o *nomos* dessa época tem uma estrutura completamente diferente e mais sólida. As formas, instituições e representações concretas, prático-políticas, que se desenvolveram nessa época interestatal para a convivência dos complexos de poder do continente europeu permitem reconhecer que a vinculação genuína e muito efetiva, sem a qual não há direito das gentes, não está na autovinculação, sumamente questionável, da vontade de pessoas igualmente soberanas, que supostamente permanecem livres, mas na força vinculante de uma *ordem espacial centrada na Europa* que abrange todos esses soberanos. No cerne do seu *nomos* está a divisão do solo europeu em territórios estatais [*Staatsgebiete*] com fronteiras fixas. A isso relaciona-se de imediato uma diferenciação importante: esse solo de Estados europeus reconhecidos e do seu território estatal tem um *status* particular em termos do direito das gentes. Diferencia-se do solo “livre”, isto é, do solo de príncipes e povos não europeus, aberto à tomada de terra pelos europeus. Além disso, surge ainda uma terceira superfície, resultante da nova liberdade dos mares do mundo (completamente desconhecida, nessa forma, pelo direito das gentes até então existente). Trata-se de uma estrutura espacial portadora da ideia de equilíbrio dos Estados europeus. Ela possibilita um direito interior dos soberanos europeus, contra o pano de fundo de gigantescos espaços abertos dotados de uma espécie particular de liberdade.

Ao se contemplar essa nova ordem espacial da terra, torna-se visível que o Estado territorial soberano europeu (a palavra “Estado” tomada sempre em sentido histórico-concreto no período situado entre 1492 e 1890, aproximadamente) representa a única formação criadora de ordem naquele período. A circunscrição da guerra no direito das gentes, que fora oriunda da Igreja, tinha sucumbido nas guerras de religião e nas guerras civis religiosas. Sua força ordenadora só se manteve atuante como *potestas indirecta*. Na combinação entre a ordem espacial estatal e a forma de organização estatal, pelo contrário, reside o fato, sempre surpreendente, de que se alcançou uma nova circunscrição das guerras europeias durante duzentos anos, pois se tornou possível realizar o conceito de um *justus*

hostis e diferenciar, no direito das gentes, entre um inimigo e um traidor e criminoso. O Estado soberano reconhecido, mesmo em guerra com outros Estados soberanos, podia permanecer um *justus hostis* e terminar a guerra por meio de um tratado de paz, mais precisamente por meio de um tratado de paz que incluísse uma cláusula de anistia.

d) A doutrina do Estado de Hegel e a doutrina da guerra de Rousseau

As definições hegelianas do Estado como um “reino da razão objetiva e da eticidade” foram citadas incontáveis vezes, com aprovação ou desaprovação, mas raramente reconheceu-se que as construções de Hegel, aparentemente tão metafísicas, têm um sentido histórico extremamente prático-político. Elas são ontônomas no mais elevado grau, orientadas para o ser, e expressam uma realidade histórica de duzentos anos. No fundo, objetivamente, o que as formulações de Hegel descrevem, aparentemente de modo metafísico, é tão somente a forma histórica de organização dessa época – concreta no que diz respeito ao espaço –, ou seja, o Estado, o qual, pelo menos em solo europeu, atuou como portador do progresso em direção a uma crescente racionalização e circunscrição da guerra. Dessa perspectiva, as frases de Hegel não dizem nada diferente do que disse Talleyrand, um político experimentado do *jus publicum europæum*, e de modo nenhum exagerado, no seu memorando sobre o Bloqueio Continental de 1805: todo o progresso *des droits des gens*, tudo aquilo que a humanidade até agora desenvolveu, em geral, no chamado direito das gentes, consiste numa única obra, realizada pelos juristas e os governos do continente europeu nos séculos XVII e XVIII e mantida no século XIX, nomeadamente a racionalização e a humanização da guerra. Estas últimas, por sua vez, consistem essencialmente no fato de que a guerra europeia é circunscrita como guerra entre Estados no solo europeu e compreendida como uma relação de Estado com Estado, de exércitos estatais com exércitos estatais.

A afirmação de Talleyrand remonta a uma frase de Rousseau, o qual também está na origem das formulações frequentemente citadas que Portalis, em 1801, apresentou na inauguração do Tribunal de Presas francês.⁵ A famosa frase de Rousseau, por sua vez, está no *Contrat social*

⁵ Lassudrie-Duchêne, J. J. *Rousseau et le droit des gens* (1906); C. Hofer, *L'influence de J.-J. Rousseau sur le droit de la guerre* (Genebra, 1916).

(livro I), publicado em 1762, e diz o seguinte: “*La guerre est une relation d'État à État*” [A guerra é uma relação de Estado com Estado]. Só compreenderemos a gênese histórico-espiritual de semelhante formulação quando apresentarmos no próximo capítulo uma visão geral sobre o desenvolvimento do conceito de guerra desde o fim do século XVI até o fim do século XVIII. Vejamos aqui, inicialmente, apenas a fundamentação que Rousseau propõe para sua frase pioneira.

Experimentaremos, por certo, alguma decepção. O filósofo, que em outras ocasiões se mostra tão exigente, trabalha aqui com um artifício surpreendente e quase primitivo, explorando a ambiguidade de que padece a palavra “*état*”. Pode-se escrever esta palavra com “*e*” maiúsculo ou minúsculo, *état* e *État*. A guerra, diz Rousseau, é um estado, um “*état de guerre*” (*état* escrito com letra minúscula). Com esse fundamento, ela, enquanto “*état*”, só deve ser possível de “*État à État*” (*État*, dessa vez, escrito com letra maiúscula). Esse é, de fato, todo o argumento. Não é desprovido de profundidade, mas é quase impossível compreender que possa ter tido tal repercussão. Em seguida, ele afirma que não podem surgir quaisquer relações pessoais a partir de uma guerra, mas apenas relações reais (*relations réelles*). Por quê? Porque a guerra é um “*état*” (escrito agora, novamente, com letra minúscula). Enquanto tal, prossegue, o Estado (escrito com letra maiúscula) só pode ter como inimigo outro Estado (*État*), não homens. Com tais jogos de palavras entre *état* e *État* responde-se em poucas linhas ao grande problema mundial da guerra. Esse golpe de mestre de uma *raison raisonnante* aparece sob o título “*De l'Esclavage*”. Que tenha tido tamanho sucesso é certamente mais importante do que a boa ou má argumentação. Além disso, é perfeitamente explicável, pois o grande efeito daquelas remissões a *état* e *État* pressupõe toda a força racionalizadora do conceito de Estado. Além disso, o mencionado capítulo de Rousseau condensa argumentos genuínos a partir da literatura da ciência do direito dos séculos XVII e XVIII, na medida em que sacode da árvore do espírito europeu os frutos maduros de dois séculos de pensamento. Esse trabalho de pensamento dizia respeito ao conceito do *justus hostis*, que será examinado mais de perto no próximo capítulo com alguns exemplos.

Há uma estranha ironia no fato de que precisamente esse *Contrat social* de Rousseau, com seu conceito de guerra puramente estatal, tenha-se tornado a bíblia dos jacobinos, os mesmos jacobinos que difamavam a

guerra dos Estados clássica do século XVIII, puramente militar, como guerra de gabinete do *ancien régime*, e rejeitavam a liquidação da guerra civil e a circunscrição da guerra exterior, alcançadas por meio do Estado, como um assunto de tiranos e déspotas. Eles substituíram a pura guerra de Estados pela guerra do povo e pela *levée en masse* [recrutamento em massa] democrática. No entanto, o sucesso da formulação de Rousseau comprova, em todo caso, a vitória do conceito de guerra interestatal, que foi restabelecido no século XIX pela obra de restauração do Congresso de Viena. O Estado havia se consagrado como forma da unidade política, e o sentimento de segurança estatal do *ancien régime* era tão forte que um jogo de palavras com *état* e *État* foi suficiente para gerar algo como uma *communis opinio* [opinião comum] também entre os diplomatas. Mesmo depois do choque das Guerras Napoleônicas, essa *communis opinio* ainda tinha força suficiente para restabelecer e restaurar, por todo o século XIX, a circunscrição estatal da guerra.

Assim se conseguiu, de fato, a circunscrição e delimitação da guerra terrestre em solo europeu. Tal milagre havia sido produzido pela transformação da guerra civil religiosa de caráter internacional dos séculos XVI e XVII em uma “guerra em forma”, isto é, em uma guerra entre Estados de acordo com o direito das gentes europeu. A partir das matanças das guerras de partidos religiosos, emergira o Estado europeu e, com ele, a circunscrição da guerra terrestre europeia nos termos de uma pura guerra de Estados, como uma obra de arte da razão humana. Para tanto, foi preciso um árduo trabalho jurídico. É preciso saber apreciá-lo para compreender o fato espantoso de que não houve nenhuma guerra de aniquilação em solo europeu ao longo de duzentos anos.

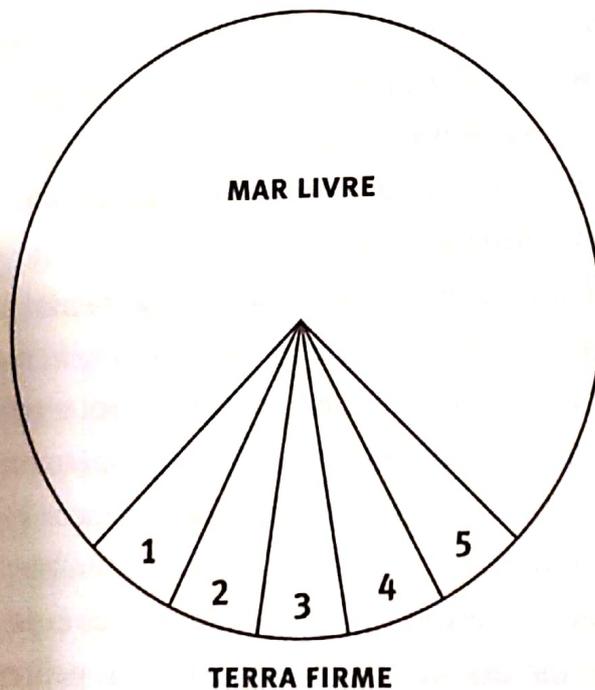
2. Transformação das guerras medievais (cruzadas ou faidas) em guerras não discriminatórias entre Estados (de Ayala a Vattel)

O grande trabalho de pensamento que foi requerido para chegar ao direito das gentes europeu interestatal não pode ser avaliado segundo as fórmulas isoladas, acima mencionadas, de Rousseau ou de Talleyrand. Em vez disso, vale o esforço de considerar o desenvolvimento entre o século XVI e o século XVIII, que conduziu à cristalização de um conceito de guerra humanizado. Para tanto, merecem particular atenção alguns grandes juristas do direito das gentes que elaboraram o conceito de guerra em

possessões ultramarinas (solo colonial), importante para diferenciar a guerra europeia e a colonial; a circunscrição da guerra, alcançada para a guerra terrestre europeia, refere-se apenas às guerras terrestres interestatais travadas em solo europeu ou em solo equiparado a este.

Caso se acrescente a particularidade, desenvolvida no século XIX, das terras asiáticas e africanas onde passaram a vigorar privilégios para europeus (jurisdição consular, extraterritorialidade e isenções de diferentes tipos), resulta o seguinte esquema para a imagem global plenamente desenvolvida da ordem espacial e para os diferentes *status* de solo do *jus publicum europæum* (1713-1914):

Esquema global do *jus publicum europæum*



Cinco *status* do solo da terra firme

- 1 Território estatal
- 2 Colônias
- 3 Protetorados
- 4 Países exóticos com extraterritorialidade dos europeus
- 5 Terra de ocupação livre

4. Alterações territoriais

Cada ordem espacial contém para todos os seus portadores e participantes uma circunscrição, isto é, uma garantia espacial de seu solo. Daí surge a questão central do direito das gentes: por um lado, alterações da condição de posse territorial são inevitáveis; por outro, as alterações territoriais podem vir a ser especialmente perigosas para a continuidade da ordem espacial comum.

a) Transformações territoriais fora e dentro de uma ordem espacial do direito das gentes

Esse problema teórico e prático, filosófico-jurídico e político, é antigo. Ele sempre surgiu nas ordenações do direito das gentes que contêm várias configurações de poder autônomas. No direito das gentes europeu dos séculos XVIII e XIX, desenvolveu-se por isso o procedimento das grandes conferências de paz sob a condução das grandes potências. Nos últimos anos da Sociedade das Nações de Genebra, particularmente entre 1936 e 1939, esse problema foi debatido com frequência, especialmente o caso da mudança pacífica, a *peaceful change*. Quer as alterações sejam efetuadas pacificamente ou por meio de guerra, a questão é essencialmente territorial, pois surge a partir de uma ordem espacial abrangente; uma alteração territorial deve ocorrer sem ameaçar essa ordem espacial. O problema da alteração pacífica tampouco se refere, obviamente, às inúmeras transformações fáticas ou realizadas por meio de tratados, que acontecem diária e ininterruptamente na convivência dos povos. Ele diz respeito, na realidade, apenas à questão de como novas tomadas de terra e de mar ou novas repartições podem ser consentidas sem que seja colocada em dúvida a existência de membros reconhecidos ou a estrutura inteira da ordem de direito das gentes existente. Para isso, qualquer ordem de direito das gentes, enquanto persistiu, produziu alguns princípios e pontos de vista mais ou menos elásticos: por exemplo, equilíbrio territorial, fronteiras naturais, direito nacional ou popular de autodeterminação, delimitações de zonas de influência, esferas de interesse, afirmação e reconhecimento dos domínios ampliados de interesses especiais. Além disso, qualquer ordem de direito das gentes, na medida em que é essencialmente uma ordem espacial, deve desenvolver métodos e procedimentos mais ou menos elásticos: por exemplo, reconhecimentos de novas grandes potências e de novos Estados, notificações de novas aquisições, decisões de conferências e, inclusive, frequentemente, autênticas atribuições de territórios, adjudicações. Na medida em que legitima alterações territoriais e novas repartições, tudo isso serve para manter e continuar a ordem existente em seu conjunto, cujo núcleo essencial e estrutural permanece sempre uma circunscrição, uma ordem espacial.

Qualquer ordem de direito das gentes, se não quiser negar a si mesma, deve conservar não só o *status quo* territorial – mais ou menos casual

em suas inúmeras particularidades – de um determinado momento histórico, mas também o seu *nomos* fundamental, sua estrutura espacial, sua unidade de ordenação e de localização. Para isso, é possível e até mesmo necessário que sejam reconhecidas guerras, faidas, represálias e os mais diferentes tipos de uso de violência como maneiras de introduzir mudanças. Mas trata-se de ocorrências circunscritas, que não põem em questão a ordem espacial abrangente, vista como um todo. Não é a guerra, como tal, que rompe a ordem. Determinados métodos e fins na condução da guerra é que ferem e negam a circunscrição anterior da guerra.

Falar em anarquia na Idade Média é um erro muito difundido, pois nessa época a faida e o direito de resistência eram reconhecidos como instituições e métodos de afirmação e defesa do direito.²⁵ Por outras razões, é igualmente incorreto designar como anárquica a ordem do direito das gentes interestatal do século XVII ao século XX, pelo fato de permitir guerras. As guerras europeias interestatais entre 1815 e 1914 eram, na realidade, ocorrências ordenadas, circunscritas pelas grandes potências neutras, regidas pelo direito, em comparação com as quais as modernas medidas policiais e de pacificação contra aqueles que violam a paz podem ser consideradas atrozés ações de aniquilação. Hans Wehberg, um teórico do direito das gentes reconhecido em Genebra como pioneiro do movimento pacifista, fala de anarquia quando ocorrem guerras, sempre de maneira natural e genérica, sem propor diferenciações no conceito de paz e no conceito de guerra.²⁶ Certamente, também há guerras que questionam e superam ordens anteriores, mas a autêntica questão da ciência jurídica não diz respeito ao problema universal – moral ou filosófico – da guerra e do uso da violência em geral, mas a algo muito diferente, nomeadamente às mudanças do *status quo* territorial que se efetuam pela guerra ou de outras maneiras e ao seu efeito sobre a ordem espacial até então reconhecida em uma época.

As guerras entre as grandes potências que são guardiãs de uma ordem espacial podem romper facilmente essa ordem, quando não são travadas

²⁵ Sobre isso, cf. Otto Brunner, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter* (2ª ed., Brunn / Munique / Viena, 1942).

²⁶ Cf., por exemplo, o ensaio “Universales oder europäisches Völkerrecht? Eine Auseinandersetzung mit Professor Carl Schmitt”, na revista *Die Friedenswarte* (1941, nº 4, p. 157ss).

por um espaço livre e num espaço livre. Nesses casos, tais guerras se tornam totais, no sentido de que devem levar à criação de uma nova ordem espacial. Porém, assim como há tomadas de terra e alterações territoriais que permanecem na moldura de uma ordem espacial existente, e não deixam de ser um meio da sua conservação, e outras tomadas de terra que põem em questão e destroem essa ordem espacial, também há, por isso, guerras que permanecem na moldura de uma ordem do direito das gentes. A essência do direito das gentes europeu era a circunscrição da guerra. A essência de tais guerras era uma ordenada medição de forças em um espaço circunscrito e diante de testemunhas. Tais guerras são o contrário de desordem. Nelas encontra-se a mais elevada forma de ordem de que é capaz a força humana. São a única proteção contra o ciclo das represálias que se multiplicam, contra as ações niilistas de ódio e vingança, cuja finalidade absurda é a aniquilação mútua. A eliminação ou prevenção da guerra de aniquilação só é possível quando se encontra uma forma de medir forças, o que, por sua vez, só é possível quando se reconhece o adversário como inimigo num plano de igualdade, como *justus hostis*. Com isso se cria a base de uma circunscrição.

É inadmissível designar indiscriminadamente como anarquia todo uso de violência em forma de guerra e considerar que esse termo é a última palavra em relação à questão da guerra no direito das gentes. Até agora, o verdadeiro êxito do direito, a única realização do direito das gentes, foi circunscrever a guerra, não eliminá-la. Aliás, o uso da palavra anarquia é típico de uma concepção que ainda não avançou ao ponto de diferenciar anarquia e niilismo.

Vale assinalar, mais uma vez, que a anarquia não é o pior na comparação com o niilismo. Anarquia e direito não se excluem necessariamente. A resistência e a autodefesa podem ser reconhecidas como direitos. Inversamente, certos estatutos que funcionam sem resistência, esmagando qualquer pensamento de autodefesa, bem como certos sistemas de normas e sanções que erradicam silenciosamente todos os perturbadores podem significar uma destruição atroz e niilista do direito. Os grandes problemas do direito das gentes não são tão simples quanto os que aquele pacifismo da Sociedade das Nações apresenta sob o *slogan* de anarquia. O sistema da Sociedade das Nações de Genebra, de 1920, era menos que a anarquia e algo pior do que ela: inversamente, os métodos anarquistas

da Idade Média não eram niilismo. Como se pode demonstrar facilmente, eles conheciam e conservavam um direito genuíno que consistia em localizações e ordenações seguras. Isso é decisivo, pois torna possíveis as possibilidades de ordens concretas, em contraposição à *tábula rasa* das legislações niilistas.

Para tomadas de terra definitivas, que têm lugar num solo circunscrito e entre participantes de uma ordem espacial comum baseada no direito das gentes, surgem questões particularmente difíceis. A tomada de terra, em tais casos, é interna ao direito das gentes. Diz respeito não a um solo *livre*, que está fora da ordem espacial comum, mas ao direito de um proprietário até então *reconhecido* pelo direito das gentes. Portanto, a mudança territorial se produz numa ordem espacial comum e abrange um solo que não pode ser livremente ocupado. Para que essa ordem espacial não seja destruída, apesar de uma alteração territorial desse tipo, é preciso que a alteração permaneça dentro da ordem espacial geral, que siga um procedimento específico e que seja reconhecida. Apesar da mudança territorial, ela não deve destruir nem negar a estrutura espacial, vista como um todo. A própria questão sobre se uma alteração territorial rompe a estrutura da ordem espacial existente ou é compatível com ela só pode ser decidida em comum, isto é, a partir da ordem vista como um todo, o que não quer dizer que a decisão geral tenha de ser um ato formal e explícito de uma instância centralizada. Sem uma tomada geral de posição e um reconhecimento geral, romper-se-ia o que há de comum [*gemeinsamkeit*] em relação à questão do espaço.

O problema também não é fácil quando surge um acordo livre e voluntário entre os membros da ordem espacial comum que cedem território e aqueles que adquirem território, e quando a mudança territorial é regulada por contratos autênticos e explícitos entre os que estão diretamente implicados na questão. A pergunta relevante é precisamente *quem* está *implicado* aqui. Todos os Estados estão implicados no problema da estrutura da ordem espacial comum e abrangente. O interesse dos que estão nele implicados não é necessariamente menos intenso que o interesse dos que adquirem ou perdem diretamente o solo. O argumento de que se trata de um contrato fechado *inter alius* contém uma *petitio principii*. Ninguém é *alius* quando o espaço comum e a ordem espacial comum e abrangente estão em questão.

O caráter vinculante da ordem espacial abrangente manifesta-se claramente quando ela é representada como um *equilíbrio*. A ideia de equilíbrio político só tinha sentido como expressão de uma ordem espacial abrangente dos Estados europeus. Todos os participantes eram afetados por uma alteração do equilíbrio, ou por algo que pusesse em risco o equilíbrio, não apenas as partes contratantes. No período entre a Paz de Utrecht (1713) e o fim do século XIX, o equilíbrio das potências europeias era considerado, com razão, como o fundamento e a garantia do direito das gentes europeu. Cada potência tinha interesses em qualquer alteração territorial importante dentro do sistema europeu de Estados, enquanto gigantescas aquisições territoriais fora da Europa, como a conquista da Sibéria pela Rússia, passaram quase despercebidas. A ordem espacial comum e reconhecida do solo europeu encontra sua formulação na ideia de um equilíbrio europeu. Quem começa uma guerra europeia sabe que todas as potências da Europa estarão implicadas no resultado. A destreza diplomática de um Bismarck consistia em induzir, antes de ocorrerem complicações posteriores, uma “paz-relâmpago”, tal como conseguiu em 1864, 1866 e até mesmo em 1871. Por intermédio da ordem espacial se impõe algo em comum [*gemeinsamkeit*], e essa condição é mais importante que tudo o que foi afirmado sobre soberania e não-intervenção. Não se trata aqui de valorizar essa política de equilíbrio em termos de propaganda política, mas de reconhecer que a ideia de equilíbrio remete a pontos de vista espaciais e que nela se revela o pensamento de uma ordem espacial abrangente.²⁷ Apesar de toda a crítica e de todo o abuso político, nisso repousa a grande superioridade prática da própria ideia de equilíbrio, pois nisso se baseia sua capacidade de circunscrever a guerra.

Sob vários aspectos, muitos ainda consideram a palavra e a ideia de um equilíbrio, de um *équilibre*, como uma ordem balanceada de forças e contraforças que atingiram um balanço geral. Consequentemente, a imagem do equilíbrio de forças também pode ser usada onde as representações espaciais estão excluídas. Não é preciso existir uma ordem que se

²⁷ “Every arrangement of the map of Europe is regarded of general interest to all members of the European political system, and any of them may claim to have a voice in it” [Cada arranjo do mapa da Europa é tido como de interesse geral para todos os membros do sistema político europeu, e cada um deles pode reivindicar ter nele uma voz (N.T.)]. Isso é o que John Westlake explicitamente estabelece como o “pensamento jurídico geral de crescimento natural” (*Collected Papers*, 1914, p. 122).

mantém a si mesma em equilíbrio, com forças iguais de ambos os lados. Pode também acontecer que uma força hegemônica muito superior mantenha em ordem muitos que sejam médios ou menores. Konstantin Frantz, em sua doutrina do federalismo, só admite o federalismo de equilíbrio puro, negando ao sistema do tipo hegemônico o caráter de equilíbrio e o de federalismo genuíno. Na realidade política, porém, há um equilíbrio do tipo hegemônico e um federalismo do tipo hegemônico, do qual um bom exemplo é o Império Alemão construído por Bismarck.²⁸ Aqui, a Prússia era a potência hegemônica reconhecida; apesar disso, a questão sobre se e como o território da Alsácia-Lorena, anexado em 1871, deveria ser repartido entre Estados fronteiriços – Prússia, Baviera e Baden – era um problema territorial que dizia respeito também aos outros estados membros, especialmente Württemberg. Todos estavam implicados em problemas espaciais importantes. A criação de um *Reichsland* Alsácia-Lorena levou em conta essa realidade e, sob essa perspectiva, representou uma solução neutra. Bismarck também recusou o projeto de uma anexação voluntária do pequeno Estado de Waldeck à Prússia, para não ter de lidar com esse problema espacial dentro da federação. No ano de 1909, mesmo depois da extinção da linhagem Schwarzburg-Sondershausen, esse pequeno Estado permaneceu separado do principado Schwarzburg-Rudolstadt, cujo príncipe se tornou senhor de ambos os Estados, em união pessoal.

b) Alterações territoriais dentro do *jus publicum europæum*

Na história do direito das gentes europeu interestatal, grandes alterações territoriais, criações de Estados, declarações de independência e de neutralidade nasceram ou, pelo menos, foram sancionadas como tratados coletivos em conferências europeias. As neutralizações permanentes de Estados – a Suíça em 1815 e a Bélgica em 1831-1839 – foram matéria de tratados coletivos entre as grandes potências europeias, pois, com isso, determinados territórios estatais recebem um estatuto de solo especial no âmbito do direito das gentes, deixando de ser teatro de guerra. Os tra-

²⁸ Isso foi levantado frequentemente pelo principal intérprete do direito constitucional federalista, Carl Bilfinger, por exemplo, na sua conferência no colóquio da União dos Juristas de Direito Público Alemães em Jena, em 1924 (v. 1 dos escritos desse colóquio, Berlim, 1924).

tados coletivos das grandes conferências de paz europeias – 1648, 1713, 1814-1815, 1856, 1878, 1885 (Conferência do Congo) – delimitam as etapas do desenvolvimento desse direito das gentes como ordem espacial. Inversamente, as negociações e as estipulações das Conferências de Paris de 1918-1919, que conduziram aos tratados de Versailles, Saint-Germain, Trianon e Neuilly, só aparentemente permaneceram nessa tradição. Como mostraremos adiante, faltou-lhes a concepção de uma estrutura espacial concreta. As conferências europeias anteriores, pelo contrário, mostram que ao direito das gentes interestatal da Europa estava subjacente uma ordem espacial abrangente centrada na Europa. Em deliberações e resoluções comuns, ela desenvolvia métodos e formas para todas as alterações territoriais importantes, dotando de sentido a ideia de equilíbrio.

As grandes potências são decisivas nesse aspecto, pois são as mais fortemente implicadas na ordem espacial comum. Nisso reside a essência de uma grande potência [*Großmacht*], na medida em que esta palavra designa não apenas, em geral, um grande poder [*große Macht*], mas, de modo incisivo, uma posição distinta no quadro de uma ordem existente, na qual se reconhecem várias *grandes potências como tais*. O reconhecimento de uma grande potência por outra grande potência é a forma suprema de reconhecimento no âmbito do direito das gentes: os agentes de reconhecimento se reconhecem, no mais alto grau, como agentes de reconhecimento mútuo. Assim puderam surgir e ser reconhecidas como grandes potências, ao lado das já existentes, a Rússia e a Prússia no século XVIII e a Itália no século XIX (1867). O reconhecimento dos Estados Unidos da América como grande potência, que nos manuais é datado de 1865, é um problema peculiar, específico do século XIX, pois os princípios da política externa dos Estados Unidos, proclamados na Doutrina Monroe de 1823, encerram, no fundo, a rejeição de um reconhecimento tal como o que foi proclamado pelas potências europeias. A linha de um hemisfério ocidental já contém um questionamento polêmico da ordem espacial especificamente europeia como ordem espacial global. O reconhecimento do Japão como grande potência é datado tanto de 1894 quanto do período posterior à guerra russo-japonesa de 1904-1905. As duas guerras que o Japão travou vitoriosamente são vistas como rodadas preliminares [*Rezeptionspartien*] para o acolhimento no círculo restrito das grandes potências portadoras do direito das gentes. Para os próprios japoneses, o acontecimento decisivo foi a participação na expedição punitiva das

grandes potências contra a China em 1900. Com uma grande potência no Extremo Oriente, começou, a partir da Ásia, a transição para uma nova ordem mundial, que já não estaria centrada na Europa.

Já nessas datas históricas se pode discernir que o reconhecimento como grande potência refere-se, em primeiro lugar, à ordem espacial e constitui um acontecimento importante, que afeta a estrutura espacial de uma ordem dos povos. Não apenas porque, no reconhecimento como grande potência, o reconhecimento do *jus belli* e do *justus hostis* adquire seu significado maior, mas também por uma razão que se refere à ordem espacial específica. O reconhecimento como grande potência é o instituto jurídico mais importante do direito das gentes para questões de tomada de terra. Na realidade do direito interestatal europeu, ele significa o direito de participar nas conferências e negociações europeias. No século XIX, significou, para o Império Alemão e para a Itália, o direito a aquisições coloniais na África e nos mares do Sul. A Conferência do Congo, de 1885, da qual ainda falaremos, é um exemplo instrutivo. Assim, em todas as épocas, o reconhecimento como grande potência foi um instituto jurídico tão importante no direito das gentes quanto o reconhecimento de um novo Estado ou de um governo. Desde 1890, este último era o único reconhecimento em que se pensava, na maioria dos casos, quando se tratava do reconhecimento no plano do direito das gentes como instituto jurídico.

Na sua qualidade de portadoras e avalistas da ordem espacial que dirigiam, as grandes potências reconheciam todas as alterações territoriais importantes. Obviamente, cada reconhecimento de um novo Estado tem, no fundo, um caráter espacial. Representa uma declaração que se refere essencialmente a uma alteração territorial, no sentido de que a alteração é sustentável para o conjunto da estrutura da ordem espacial comum. Diante do Estado reconhecido, isso pode significar objetivamente, no caso singular – particularmente no caso de Estados menores, como, por exemplo, os Estados balcânicos surgidos em 1856 e 1878 –, uma genuína adjudicação no plano do direito das gentes, uma *adjudicatio*. Em nenhum caso se mostra mais claramente que o vínculo abrangente que confere força jurídica a uma ordem interestatal de potências soberanas não repousa na vontade supostamente soberana de cada membro singular, mas está fundado na pertença a um espaço e a um solo comuns, cuja repartição representa o *nomos* abrangente dessa ordem.

Quando um acordo de paz contém importantes alterações territoriais, ele se torna uma questão comum do conjunto da ordem concreta. Como uma guerra entre membros de uma comunidade de direito das gentes deve conduzir a um acordo de paz, em todos os casos importantes o interesse dos não beligerantes tem que se anunciar já durante a guerra. As guerras entre Estados europeus travadas em solo europeu sempre foram seguidas com grande interesse por todas as grandes potências europeias, que influíram nos resultados, mesmo quando eram neutras. Ninguém chamou esse interesse atento de intromissão, e todo político europeu o considerou natural e contou com isso. O livre direito à guerra, o *jus ad bellum* soberano, possibilitava a cada membro dessa ordem participar em qualquer momento, inclusive formalmente – e, em caso de necessidade, forçar sua participação –, na deliberação e na decisão comuns. No entanto, o direito das gentes conduzido pelas grandes potências europeias, sem essa espécie de constrangimento e adotando formas relativamente elásticas e confortáveis, também soube realizar as grandes conferências comuns e as adaptações espaciais que nelas se decidiam, até que a velha ordem espacial fosse destruída, também nesse aspecto, pela dissolução da ordem especificamente europeia num universalismo destituído de espaço, sem que uma nova ordem surgisse em seu lugar. Isso se revela, como já foi dito, não apenas nas conferências de paz realizadas em Paris em 1919-1920, mas também, com crescente clareza, nas suas continuações, nas conferências das assembleias e do conselho da Sociedade das Nações de Genebra de 1920 a 1938. Elas não puderam efetuar quaisquer adjudicações genuínas porque não tinham como conteúdo nem a velha ordem espacial especificamente europeia, nem uma nova ordem espacial global. Falaremos mais sobre isso em outro capítulo.

**c) Sucessão de Estados no *jus publicum europæum*
(em caso de tomada definitiva de terra)**

Para a tomada definitiva de terra dentro da antiga ordem interestatal existente entre membros da comunidade de direito das gentes, a ciência do direito desenvolveu uma doutrina da *sucessão de Estados*. Assim como outras doutrinas desse sistema, ela alcançou a sua forma clássica para esse período no fim do século XIX. O tratado de Max Huber sobre a sucessão de Estados, de 1898, oferece um bom exemplo disso. Para os juristas

do direito contratual positivo é fácil solucionar o problema; é válido aquilo que positivamente está no tratado. Com isso, porém, não se resolvem os direitos de terceiros Estados. Além disso, o tratado, deliberadamente, não regula certas questões. Também há regulamentações contratuais que podem expressar uma *opinio necessitatis*, uma convicção jurídica. Finalmente, há casos de uma sucessão não contratual de Estados, sobretudo com a aniquilação da existência estatal do adversário na guerra, com a *debellatio* e a formação de um novo Estado pela separação de uma parte do antigo Estado.

Há um acordo teórico a respeito do fato de que, na chamada sucessão de Estados, ocorre uma mudança da supremacia territorial de um Estado, na sequência da qual o país afetado pela mudança é dominado por um centro de poder estatal distinto do anterior. Sobre esse fundamento, a chamada sucessão de Estados foi desenvolvida nos séculos XIX e XX como um instituto jurídico típico para a tomada de terra dentro de uma ordem espacial existente. Conceber a mudança do *imperium* estatal sobre um território determinado como uma *sucessão* tem um sentido preciso: fundar reivindicações e obrigações relativas ao direito das gentes em face do novo senhor do território. Naturalmente, o novo senhor do território levará em consideração numerosos fatores. Tratará de maneira mais ou menos zelosa as relações jurídicas que encontra no território adquirido; continuará a pagar salários e pensões para os funcionários; frequentemente assumirá dívidas estatais contraídas pelo senhor precedente do território etc. Também é provável que o adquirente, quando não for impedido por razões políticas, permita que continuem a existir as chamadas servidões às quais está sujeito o território adquirido. Mas os casos precedentes que são válidos para essa questão são contraditórios e de nenhum modo vinculativos.

A errônea abstração do método das generalizações normativistas vazias mostra-se aqui com clareza. Ele induz a erros, pois, diante de um problema tipicamente espacial – a alteração territorial –, deixa de levar em consideração, por princípio, todos os pontos de vista concretos a respeito do espaço. Assim, por exemplo, o caso de uma colônia ultramarina ainda muito distante, segundo as concepções da época, que, ao se tornar independente, não assumiu quaisquer dívidas de Estado (Estados Unidos da América, 1781) é discutido num plano equivalente ao de uma

tomada de terra intraeuropeia ou mesmo intra-alemã (assunção das dívidas de Hannover, vencida pela Prússia em 1866), ou ao de um caso intraeuropeu de outro tipo (não aceitação das dívidas de Estado francesas na Alsácia-Lorena por parte Império Alemão em 1871); este, por sua vez, é discutido num plano equivalente ao da anexação do Transvaal (1902). Na prática, esse normativismo obscuro e contraditório, num tempo de dissolução, tinha o sentido de fornecer para todos os interesses opostos um argumento que pudesse ser usado de acordo com a situação e de forma desimpedida. No entanto, conforme se assegura, deve haver unidade pelo menos em relação ao fato de que o novo senhor do território tem de respeitar os direitos privados legalmente adquiridos. O Tribunal Internacional de Haia (no relatório de 10 de setembro de 1923 e no juízo nº 7 de 25 de junho de 1926, numa controvérsia entre o Império Alemão e a Polónia, sobre a Alta Silésia) usou sua autoridade nesse sentido. Isso mostra que tratamos aqui de um princípio jurídico reconhecido. Tentemos, pois, extrair o núcleo da ordem concreta e real em meio ao caos de opiniões e precedentes contraditórios.

A primeira pergunta é: em que sentido se pode falar de uma *sucessão* [*Nachfolge oder Sukzession*] nos casos de tomadas de terra definitivas que hoje são designadas como sucessões de Estados? Os direitos que o novo senhor do solo exerce, e as obrigações que lhe competem, serão idênticos, pelo menos em parte, aos do senhor anterior? Ou faltará qualquer conexão jurídica, se esta não for estabelecida pela vontade soberana do novo senhor? Se o processo for visto apenas sob o ponto de vista do Estado territorial soberano e isolado, o estado de coisas é claro: o território estatal é o palco do *imperium*; em caso de mudança territorial, o portador do *imperium* abandona o palco e aparece outro portador soberano nesse palco. A conquista, pelo novo senhor territorial, da supremacia sobre a terra adquirida, ou seja, a tomada da terra, só pode ser pensada de modo que a supremacia territorial anterior efetivamente termine e a nova efetivamente se introduza. Não se pode falar de *sucessão* entre Estados soberanos individuais no sentido de uma dedução de direitos, uma derivação ou um entrar em posse da situação jurídica anterior. Impõe-se aqui a semelhança com as construções relativas à aquisição de coisas segundo o velho direito romano, que não conhecia qualquer aquisição derivativa de coisas. No direito das gentes interestatal, em que tudo deve depender da

posse efetiva do poder estatal soberano, não pode haver nenhuma sucessão que não seja *desejada*.

Apesar disso, nos termos do direito das gentes devem surgir reivindicações e obrigações dirigidas a terceiros Estados. A mudança territorial deve produzir-se nos marcos de uma ordem espacial que continua a existir. Em outras palavras, a tomada de terra tem que ser institucionalizada conforme o direito das gentes. Na tomada definitiva de terra, o problema é distinto daquele que se apresenta na tomada provisória, temporária, cuja sistematização se baseia no instituto jurídico da ocupação bélica, de que trataremos na seção seguinte. No caso da tomada definitiva de terra, de que tratamos aqui, o senhor precedente do solo *retirou-se* definitivamente, *cedeu*. Para o pensamento orientado pela soberania estatal isolada, esse *retirar-se* da terra, esse *cedere*, abre caminho para aquele que, avançando, a adquire, de modo que o novo senhor do território aparece como o adquirente originário. Daí que os juristas continentais do direito das gentes, autores franceses e alemães como G. Gidel, Fr. v. Liszt e W. Schönborn, inclinam-se, em geral, a negar uma sucessão jurídica. Aquisição originária significa, na prática, liberdade soberana no tratamento do território adquirido, uma atitude desimpedida em todos os aspectos, a qual, como posição jurídica, é vantajosa para o *adquirente*, que a defenderá em caso de controvérsia.

Apesar disso, pelo menos na aquisição de solo europeu, sempre existe uma sucessão, mesmo que não seja uma sucessão de Estados. Pois a mudança territorial acontece no quadro de uma ordem espacial abrangente, que inclui tanto o antigo quanto o novo senhor do território. Por essa via, estabelece-se uma continuidade que não se explica a partir das relações especiais e isoladas entre o antigo e o novo detentor da supremacia territorial, mas a partir de ambos pertencerem, antes e depois, *ao mesmo espaço* e à sua ordem. Autores anglo-saxões, como Th. J. Lawrence, J. Westlake, L. Oppenheim, Halleck e J. Basset Moore, falavam irrefletidamente em uma sucessão jurídica no sentido de aquisição derivativa. Nesses termos gerais, isso era uma construção vantajosa para *terceiros Estados* na relação com o adquirente. Consequentemente, tal construção era reivindicada diante do adquirente com a mesma frequência com que este, por sua vez, reivindicava a construção oposta, da aquisição originária, que lhe concedia liberdade de ação. Depois da *debellatio* do Transvaal (1902), por

exemplo, o governo inglês rejeitou qualquer obrigação que decorresse de uma sucessão jurídica. Infelizmente, A. Berrydale Keith, em sua *Teoria da sucessão de Estados* (1904), defendeu esse ponto de vista também no plano jurídico, apesar do subtítulo de seu tratado (*With special reference to English and Colonial Law* [Com especial referência à lei inglesa e colonial]), e não do ponto de vista do espaço, que é o único que pode esclarecer a questão. Nessa época, a aquisição do solo sul-africano ainda podia ser considerada um processo que decorria fora do direito das gentes europeu. No mais, mesmo ao rechaçar ou negar uma sucessão jurídica, também se podiam construir obrigações jurídicas de diferentes tipos, com base em outras argumentações, como o direito consuetudinário ou a presunção da vontade estatal, ou com a ajuda de conceitos jurídicos do direito civil ou geral, como enriquecimento, hipoteca ou retomada de patrimônio. Na prática, tais obrigações eram iguais ou semelhantes a uma sucessão jurídica. Na maior parte dos casos, as considerações morais mostravam-se como suficientemente eficazes. No caso do Transvaal, a Inglaterra assumiu de fato as dívidas, apesar de ter rejeitado uma obrigação jurídica.

Deixemos de lado as fachadas desse tipo de controvérsias e prestemos atenção em dois pontos de vista essenciais, os quais, ocasionalmente, também surgem de modo decisivo na argumentação. O primeiro é o ponto de vista do espaço. Em um caso, na questão da não fortificação das ilhas Aaland, ele se impôs de modo surpreendentemente claro e mostrou como estavam fora de lugar as analogias com a servidão no campo do direito civil. Quando o conselho da Liga de Genebra, com referência ao artigo 11º do pacto, solicitou um relatório sobre as ilhas Aaland, a comissão de juristas chegou à conclusão, em 5 de setembro de 1920, de que o Estado adquirente (a Finlândia) estava sujeito à obrigação contratual de não fortificar as ilhas, assumida pelo antigo senhor do território (a Rússia) nos tratados de paz de Paris de 1856, pois a obrigação é um componente do *droit commun européen*. O tratado que estabeleceu a obrigação de não-fortificação foi selado entre o obrigado, a Rússia, e Inglaterra e França. Foi assinado por essas três potências e declarado parte integrante de um tratado coletivo geral, o Tratado de Paris de 1856, "*pour consolider par là les bienfaits de la paix générale*" [para consolidar, através dele, os benefícios da paz geral]. Tal referência ao *droit commun européen* é possí-

vel em qualquer obrigação, não importa de que tipo, a partir desses tratados coletivos das grandes potências europeias. Porém, aqui, na questão da desmilitarização de uma ilha importante para o domínio marítimo do Báltico, fazia sentido evocar o direito europeu. Isso era, inclusive, o ponto de vista decisivo, pois o interesse coletivo de que se fala não era um interesse particular qualquer, mas uma questão da ordem espacial europeia abrangente, de que as potências europeias eram portadoras. Enquanto havia uma ordem espacial especificamente europeia, sustentada pelas grandes potências da Europa, esse ponto de vista do parecer jurídico estava justificado e era convincente, superior a todas as construções jurídicas feitas a partir de uma servidão ou de uma sucessão jurídica. Mas, no contexto do pacto da Liga de Genebra, o argumento estava deslocado, e a referência a um *droit commun européen* era póstuma e apócrifa, pois aquele pacto, conforme veremos, não continha nenhuma ordem espacial, sobretudo uma ordem espacial europeia.

O segundo ponto de vista, que traz alguma luz à doutrina – repleta de contradições – da sucessão de Estados, pode ser deduzido a partir do aspecto econômico do problema espacial. Ele explica o reconhecimento unânime, que mencionamos há pouco, do princípio do respeito aos direitos privados bem adquiridos. Diz respeito ao pressuposto tácito de toda a doutrina *clássica* da sucessão de Estados, ou seja, o fato de que todos os Estados interessados na mudança territorial reconhecem, por princípio, a mesma ordem econômica, ainda que estejam em níveis muito diferentes de desenvolvimento. A constituição econômica universalmente reconhecida cria um espaço econômico comum. No século XIX, tratava-se da ordem da economia livre, que governava a si mesma. As barreiras alfandegárias desse tempo não revogaram o fato fundamental de uma economia livre comum. Então, a partir da economia formou-se um espaço próprio em termos do direito das gentes, um mercado livre comum que ultrapassava as fronteiras políticas dos Estados soberanos. Falando do ponto de vista do direito constitucional, nessa ordem do direito das gentes todos os Estados tinham em comum uma determinada relação entre direito público e direito privado, entre Estado e sociedade livre de Estado.

Esse padrão – do mesmo modo, aliás, que na configuração pelo direito das gentes da ocupação militar na guerra terrestre, que discutiremos adiante – é um pressuposto tácito e natural da prática e da doutrina da

sucessão de Estados e constitui a base de todas as suas argumentações e construções. Por intermédio da estrita separação entre, de um lado, a dominação estatal no plano do direito público (*imperium* ou *jurisdictio*) e, de outro, a propriedade no plano do direito privado (*dominium*), torna-se possível manter fora do debate jurídico a questão mais difícil, a de uma mudança total de constituição ligada à mudança territorial. Por trás da fachada da soberania estatal reconhecida permanecia o âmbito privado – o que, no caso, significa especificamente o âmbito da economia privada e da propriedade privada –, largamente intocado pela mudança territorial. A ordem internacional do mercado livre – isto é, a ordem liberal – sustentada por empreendedores privados e comerciantes, o comércio mundial internacional igualmente livre, a liberdade de movimentação do capital e do trabalho, tudo isso desfrutava, em caso de mudança territorial, de todas as garantias de que necessitava na prática. Nessa época, todos os Estados civilizados compartilhavam tanto a distinção entre direito público e direito privado como também o padrão do constitucionalismo liberal, para o qual a propriedade (*property*) e, com ela, o comércio, a economia e a indústria pertencem à esfera da propriedade privada, constitucionalmente protegida. Esse padrão constitucional podia ser considerado reconhecido, por princípio, em todos os Estados que participavam da mudança territorial.

Este é o ponto de vista decisivo para a nossa questão: uma alteração territorial não era *uma mudança constitucional*, no sentido da ordem social e da ordem da propriedade. Também aqui, a ordem da propriedade é parte da ordem do direito das gentes. Para a prática da vida interestatal, isso é mais importante do que as demais questões singulares, pois determina mais fortemente o real caráter jurídico de uma mudança territorial do que as formulações, aparentemente tão absolutas, acerca da soberania do Estado e as separações, aparentemente tão incisivas, entre interior e exterior, público e privado. O padrão geral do constitucionalismo atua mais fortemente como componente da ordem espacial do que todas as construções dualistas referidas ao Estado, com sua fictícia desvinculação entre o interior e o exterior.²⁹ No século XIX, conforme o direito interes-

²⁹ Sobre a relação de ambos os dualismos (intraestatal e interestatal, público e privado), cf. Carl Schmitt no escrito de homenagem a Georgios Streit (Atenas, 1939), reproduzido em *Positionen und Begriffe* [Posições e conceitos] (Hamburgo, 1940, p. 261ss).

tatal, a mudança territorial é a mudança de um *imperium* exclusivamente no direito público, não uma mudança na ordem econômica e na propriedade. Uma mudança territorial estatal que produzisse, ao mesmo tempo, uma mudança radical na ordem da propriedade no território em questão seria vista, nessa época, como bolchevique. Enquanto, em termos do direito das gentes, a tomada de terra de um território estatal dizia respeito apenas ao palco do *imperium*, ela transcorria no âmbito interno, em princípio, sem prejuízo para a propriedade privada do solo nos termos do direito privado. Isso é, na prática, o essencial para esse período. Os primeiros tratados de Paris, de 1919, continham fortes intervenções na propriedade privada alemã, mas queriam, de modo geral e por princípio, permanecer no padrão constitucionalista, de modo que os defensores dos interesses alemães puderam argumentar adequadamente a partir dessa base. Essas construções do direito das gentes ainda não levavam em conta a ideia de que um Estado, por sua soberania, poderia estabelecer um sistema econômico diferente do da economia livre. Em vista do sistema de economia livre, universalmente reconhecido e igual por toda parte, o princípio *cujus regio ejus economia* [a economia é de quem tem a região] não representava perigo, pois todos os Estados da comunidade do direito das gentes permaneciam nos marcos do mesmo sistema econômico.

Comparada com a tomada de terra que ocorria sob a forma de uma mudança do *imperium* estatal em um território estatal, conservando-se simultaneamente a ordem da economia e da propriedade nos termos do direito privado, a tomada de terra do solo colonial livre fora da Europa era um problema completamente distinto. Esse solo era livremente ocupável, pois ainda não pertencia a um Estado no sentido do direito europeu interestatal. Em povos completamente incivilizados, o poder dos chefes nativos não era um *imperium*, tampouco o uso do solo pelos nativos configurava uma propriedade. Aqui não se podia falar de uma sucessão jurídica no *imperium*, nem mesmo quando os europeus que tomavam as terras tinham feito tratados com os príncipes e chefes nativos e, por qualquer razão, pretendiam considerar obrigatórios esses tratados. Aqui, o Estado que tomava a terra não precisava levar em consideração os direitos ao solo que encontrava na terra adquirida, desde que não se tratasse de propriedade privada de súditos de Estados civilizados que eram membros da ordem do direito das gentes interestatal. Se as relações dos

nativos com o solo, na agricultura, no pastoreio ou na caça, tal como as encontrava o Estado que tomava as terras, deveriam ser encaradas como *propriedade* ou não, isso era uma questão à parte e dizia respeito exclusivamente à decisão do Estado que tomava a terra. No campo do direito das gentes, não havia considerações favoráveis ao direito dos nativos ao solo colonial que fossem similares àquelas que, nos casos de sucessão de Estados da era liberal, favoreciam a propriedade privada do solo e os direitos bem adquiridos.

O Estado que efetua uma tomada de terra pode tratar a terra colonial tomada, no que se refere à propriedade privada, ao *dominium*, como sem senhor, do mesmo modo que, no plano do direito das gentes, a terra não tem senhor do ponto de vista do *imperium*. Ele pode eliminar os direitos dos nativos ao solo e declarar-se único proprietário de todo o solo; pode assumir os direitos dos chefes nativos e dar-lhes continuidade, pouco importando se isso representa uma genuína sucessão jurídica ou não; pode criar propriedade privada do Estado* e combiná-la com algum tipo de reconhecimento de direitos de uso pelos nativos; pode introduzir propriedade fiduciária pública do Estado; também pode manter vigentes os direitos de uso dos nativos e recobri-los com uma espécie de *dominium eminens*. Todas essas diferentes possibilidades se tornaram reais na prática da tomada de terra colonial nos séculos XIX e XX.³⁰ Essas não são questões do direito das gentes interestatal [*völkerrechtlich-zwischenstaatliche*] nem do direito internacional privado [*international-privatrechtliche*], mas também não são questões puramente intraestatais. A especificidade do *estatuto do solo da colônia* manifesta-se aqui de maneira tão clara quanto a divisão do solo da Terra em território estatal normal e terra colonial. A divisão é característica da estrutura do direito das gentes dessa época e faz parte da sua estrutura espacial. Na medida em que o solo colonial ultramarino foi equiparado, sem distinção, com o território estatal no sentido do solo europeu, a estrutura do direito das gentes também se transformou. O direito das gentes especificamente europeu, até

* Conforme o texto alemão. Há um contraste em vista, pois, na sequência, Schmitt fala de "propriedade fiduciária pública do Estado". [N.T.]

³⁰ Sobre isso, cf. o trabalho já citado acima (I, 5) de Wilhelm Wengler „Vergleichende Betrachtungen über die Rechtsreformen des Grundbesitzes der Eingeborenen“, em *Beiträge zur Kolonialforschung* (v. III, Berlim, 1942, p. 88ss).

Carl Schmitt • O conceito de colônia
então em vigor, chegou ao fim. O conceito de colônia adquire, com isso, um componente ideológico que afeta, sobretudo, os europeus proprietários de colônias.

d) *Occupatio bellica no jus publicum europæum*
(tomada de posse provisória)

A lógica jurídica da ordem concreta do direito das gentes europeu estava edificada, em todos os aspectos, sobre os Estados territoriais soberanos regidos por um governo central. A partir daí, dava-se a resposta a uma questão prática evidente: o efeito, nos termos do direito das gentes, da ocupação bélica de territórios estrangeiros que se situam nos marcos da ordem espacial comum. Nos termos do direito das gentes, o problema diz respeito à questão da tomada de terra de um solo *não livremente ocupável*. Por isso é importante para o nosso contexto.

Enquanto a guerra, de acordo com o direito das gentes, é feita com reivindicações jurídicas em conformidade com o direito feudal ou de sucessão dinástica, ela é executada sob a forma de autodefesa [*selbsthilfe*]. Isso ofusca a clareza formal e a decisão da pura estatalidade que o conceito de Estado trouxe consigo. Para o senhor feudal que consegue seu direito pela guerra, não existe espaço para o instituto jurídico particular da *occupatio bellica*, da ocupação bélica. Sua guerra é pura intransigência [*Rechthaberei*]. Como bom direito ou como fiança de um bom direito, ele conserva em seu poder aquilo que tomou do adversário. Esse tipo de autodefesa intransigente [*rechthaberischen Selbsthilfe*] nunca pode reconhecer uma aplicação provisória, pois a ocupação de um território reivindicado como um direito próprio já é a realização definitiva, e não apenas provisória, do direito.

No que concerne a um conceito de guerra não discriminatório no direito das gentes de Estados soberanos, interestatal, o problema é igualmente difícil. Aqui, de modo consequente, também não há um instituto jurídico próprio da ocupação bélica, mas isso ocorre por uma razão totalmente diferente, contraposta à concepção medieval. Dever-se-ia acreditar que a soberania estatal – à qual pertence o poder efetivo, aquele organizado de forma estatal em um espaço territorial delimitado – estende-se por si mesma no âmbito do seu poder estatal efetivo. Corresponderia, portanto, à lógica de um direito das gentes de Estados soberanos, interestatal, que cada ocupação efetiva, estatal-militar, de um território estivesse liga-

da a uma *mudança imediata da soberania* sobre o território ocupado, a não ser que o Estado ocupante, por vontade soberana, não quisesse mudar a soberania para si mesmo, mas para outro soberano. De fato, desde a formação do Estado soberano moderno nos séculos XVII e XVIII houve essa prática da mudança imediata de soberania nas ocupações militares, o *déplacement immédiat de souveraineté* [deslocamento imediato de soberania]. No entanto, ela estava obscurecida por muitos resíduos de ideias medievais, feudais e dinásticas, e, dentro do Império Alemão, pelo caráter não estatal desse Império. A maioria das guerras europeias dos séculos XVII e XVIII foi travada como guerras de sucessão dinástica. Na literatura, o ocupante que logo se punha no lugar do soberano anterior, isto é, sem esperar o tratado de paz ou o fim da guerra, é chamado com uma expressão técnica: *usurpator*.³¹ Além disso, em guerras de coalizão frequentemente não era claro para quem o exército ocupante mantinha ocupado o território. A questão também não era, na prática, tão urgente como no século XX, pois o ocupante do século XVIII, na maioria dos casos, deixava em vigência o direito até então existente, em particular o direito privado: a propriedade privada e os direitos adquiridos, ou seja, a estrutura social como um todo, permaneciam intactos em larga medida. Como resultado da tolerância religiosa praticada pelo absolutismo esclarecido desde o século XVIII, na maior parte das vezes as mudanças de soberanos também mantinham intocadas as relações eclesiásticas.

Assim, o problema da tomada de terra, que já se colocava com a ocupação, nem sempre se apresentou com toda a acuidade para a consciência prática. A mudança imediata de soberania como resultado da ocupação militar não tinha, na prática, um efeito igual ao de uma de tomada de terra. Não afetava a constituição, no pleno sentido social e econômico da palavra, mas apenas a pessoa do governante e seu entorno, bem como a administração estatal e a justiça. No entanto, também aqui era o caráter formal, claramente expresso, do conceito moderno de Estado que criava a ordem concreta, pelo menos no que diz respeito aos Estados territoriais

³¹ Cf. escrito de Sam. De Cocceji *De regimine usurpatoris* (Frankfurt / Oder, 1702, também no seu comentário a Grotius, I, c. 4, § 15 e III, c. 6, § 9). Não era destituído de significado que a elaboração no direito romano do problema do *jus postliminii* podia ser remetida ao título 15, 14 do *Codex Teodosiano*, que trazia como título *De infirmandis his quæ sub tyrannis aut barbaris gesta sunt*.

do continente europeu. O Estado europeu centralizado transformou os conceitos jurídicos e as situações jurídicas medievais, impregnadas de vínculos de lealdade pessoal, na coesão territorial de um Estado soberano dotado de normatizações objetivas e calculáveis.

Sobre a prática do *déplacement immédiat de souveraineté*, J. Lameire, um historiador do direito francês, reuniu um material abrangente a partir de arquivos locais, com muitos exemplos de guerras francesas, espanholas e italianas dos séculos XVII e XVIII. Sua exposição é, quase sempre, prolixa e sem elaboração conceitual, mas o núcleo do seu pensamento é claro. Sua importância para o conceito de Estado na história do direito das gentes é maior do que muitas generalidades teorizantes do direito natural, tais como expostas por Grotius, Pufendorff, Wolff e Vattel, e do que muitos argumentos pseudojurídicos do direito das gentes positivista daquele tempo, que se construía a partir do direito civil romano. Ambas as linhas do direito das gentes, em geral tão diferentes entre si, ficam igualmente desamparadas diante da nossa questão. Lameire, ao contrário, mostra como a prática da soberania estatal elimina a falta de clareza da situação jurídica medieval. As referências à proteção do direito e à realização do direito nas faidas e guerras do direito feudal ou do direito imperial alemão aparecem agora como *precariedades* perturbadoras e geradoras de confusão. Tudo que não se refere ao Estado torna-se *impreciso* e *precário*, desaparecendo logo que surge o Estado territorial independente, fechado em si, com sua soberania claramente definida. Ele estende seu poder estatal centralizador por onde quer que seus exércitos tenham ocupado, de fato, uma determinada superfície de terra firme. Sem esperar a assinatura de um tratado de paz, basta o fato da *conquista*, no sentido da ocupação efetiva. É suficiente a posse administrativa efetiva para o ocupante, se assim o desejar, efetuar uma mudança imediata de soberania, submeter os habitantes e as autoridades do território ocupado ao novo soberano e, doravante, dar a ele todo o poder de autoridade dentro do território ocupado.

Lameire demonstra isso, em relação aos séculos XVII e XVIII, no comportamento diante da justiça do território ocupado e das autoridades administrativas. Um exemplo aparentemente pequeno, mas esclarecedor – ao qual ele, com razão, atribui grande valor –, é a troca imediata do papel timbrado dos notários. Os habitantes do território ocupado são logo tratados como súditos. O novo soberano é legislador, supondo-se de

forma tácita que ele permanece no quadro do *jus publicum europæum*, mantém os fundamentos do direito e das instituições que vigoraram até então e respeita os direitos adquiridos e a propriedade privada.³² Essa mudança de soberania, radical apenas na aparência, encontra uma certa correção em um *jus postliminii* [direito de restauração], muito pouco claro, tanto do Estado adversário como tal como também das pessoas privadas e das relações de direito privado.³³

No entanto, quando as guerras europeias passaram a se combinar com uma revolução política e social, tornou-se claro, pelo menos por alguns anos, o que pode significar uma ocupação bélica acompanhada de uma mudança imediata de soberania que não permanece nos marcos de uma ordem espacial homogênea e abrangente. Os exércitos da Revolução Francesa – que marcharam contra a Bélgica, a Alemanha, a Itália e a Suíça desde 1792 – proclamavam, logo ao chegar, a *liberdade* do povo e a eliminação dos privilégios feudais. A ocupação militar efetuava agora uma *mudança da constituição* no pleno sentido político, econômico e social da palavra. Depois da vitória da Restauração legitimista de 1815, isso era tomado, naturalmente, como um modo de atuação contrário ao direito das gentes. A Restauração legitimista conseguiu restabelecer alguns privilégios, mas não estava em condições de impedir a vitória da constituição burguesa, liberal-constitucional [*bürgerlichen, liberal-konstitutionellen*

³² Irénée Lameire, *Théorie et pratique de la conquête de l'ancien droit, Etude de droit international ancien* (v. 1-5, Paris, 1902-1911). O autor espraia seu amplo material de arquivo diante do leitor e renuncia a uma "síntese", o que dificulta a leitura do livro. No entanto, compreendo o interesse particular com o qual Maurice Hauriou (*Précis de Droit Public*, 1916, p. 339, nota) se refere a essa obra; para a história do direito das gentes e do Estado, ela é mais importante do que muitas formulações de teoria do Estado e permite reconhecer a estrutura de um direito das gentes de referência puramente estatal, assim como a impossibilidade de que este seja unido ao direito das gentes medieval. Toda a ordem concreta de um direito das gentes referido ao Estado assenta na forma de organização territorial *Estado* e não em um *direito* separado dele. Que as relações interestatais são algo completamente diferente das relações em termos do direito das gentes dentro de um sistema feudal ou de um reino, torna-se aqui visível no exemplo da *conquista* militar.

³³ Sobre isso, cf. Grotius (III, 9); Vattel (III, 14); A. W. Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart* (3ª ed., 1855, p. 324ss – depois da libertação fática do poder inimigo, as relações jurídicas perturbadas pela guerra regressam "às suas antigas articulações"). Heffter diferencia o *postliminium* dos "poderes do povo e do Estado" em relação ao das pessoas privadas e das relações privadas.

Verfassung], que abarcava toda a Europa. O respeito fundamental à propriedade privada permaneceu em vigor; ele correspondia também aos princípios do constitucionalismo e, com isso, ao respeito fundamental pelo novo tipo de constituição.

Talleyrand, o bem-sucedido defensor do princípio da legitimidade dinástica no Congresso de Viena, defendeu ao mesmo tempo o caráter puramente estatal das guerras. Ele pensava na guerra entre Estados territoriais europeus como uma guerra justa, no sentido do direito das gentes, guerra levada a cabo de ambos os lados por *justi hostes*, e procurou impor esse tipo de guerra, em contraposição à guerra marítima inglesa, como o único conceito de guerra no direito das gentes. Mas a pura guerra de Estados repousa em princípios completamente modernos, de modo nenhum feudal-medievais ou estamentais. Por conseguinte, a restauração da guerra de Estados, puramente militar, foi infinitamente mais importante do que a legitimidade dinástica e os privilégios da nobreza. Pois o tipo de circunscrição da guerra é decisivo para o direito das gentes. Quando a guerra se torna um confronto puramente interestatal, tem que deixar intocado todo o não-estatal restante – particularmente a economia, o comércio e o âmbito da sociedade civil burguesa. Assim, a ocupação bélica também não pode tocar na *constituição*, isto é, nos princípios do sistema constitucional burguês. O ocupante não pode mudar nada na estrutura econômica e social do território ocupado, e se pressupõe que um comandante militar, não um comissário civil, seja o titular dos poderes de ocupação – apesar da desconfiança em relação ao que é militar.

Na sequência das Guerras Napoleônicas, surgiram numerosas questões jurídicas a partir dos decretos dos ocupantes militares e de sucessivos senhores de território. Elas diziam respeito, sobretudo, às compras de território e à cobrança de créditos estatais. Àquela altura, os juristas dos diferentes Estados alemães continuaram a desenvolver a ideia da soberania estatal no aspecto material, diferenciando o Estado como tal e o detentor ocasional do poder estatal. A continuidade desse *Estado como tal, do Estado como pessoa jurídica*, quando da mudança do detentor do poder, foi elaborada com toda a nitidez. O Estado torna-se independente da questão sobre se o detentor do poder é legítimo ou não. Assim como a guerra entre Estados, nos termos do direito das gentes, independe da questão da justiça ou injustiça da causa da guerra, da mesma forma, *também em termos do direito constitucional*, elimina-se a questão da *justa*

causa. A partir de agora, todo o direito reside na forma existencial como Estado. "A conformidade ao direito não é uma característica essencial do poder do Estado", sublinhou o Tribunal do Império Alemão com a maior naturalidade, quando da mudança de regime e de constituição em 1918-1919.³⁴ Em contraste com o detentor da soberania estatal, legítimo ou não, legal ou não, em contraste com o regime que muda, surge agora com toda a clareza jurídica, também no aspecto interior, o sujeito de direito autônomo *Estado*, caracterizado por território, súditos e dominação organizada.

Particularmente em Hessen houve muitas controvérsias jurídicas, processos e relatórios, quando o príncipe eleitor legítimo, ao regressar, procurou impor que as disposições e os decretos do rei de Westfália (1806-1812) fossem considerados nulos e juridicamente inexistentes. A questão dizia respeito, na prática, sobretudo a disposições do governante interino sobre o patrimônio do Estado e sobre a situação jurídica dos devedores de reivindicações e de exigências estatais, em particular a anulação de tais exigências mediante pagamento ou perdão. Apesar dos regulamentos em contrário do príncipe eleitor, os tribunais e juristas de Hessen partiram do princípio de que Hessen, mesmo sob o domínio do rei de Westfália, tinha sido ininterruptamente o mesmo *Estado*. Como sujeito de direito, era idêntico ao Estado governado pelo príncipe eleitor anterior, que agora estava de volta. A ideia da identidade e continuidade do Estado era mais forte do que qualquer legitimidade e até qualquer legalidade. A mudança de governo e de regime não significava, portanto, uma mudança da soberania estatal, *um caso de sucessão de Estados*. Por outro lado, inversamente, uma mera ocupação bélica não provocava uma *mudança de governo*. O rei de Westfália, que governou de 1806 a 1812, não era um mero ocupante de guerra (como, por exemplo, o próprio Napoleão, no curto tempo em que ocupou o território de Hanau), mas mais do que isso: era titular de uma verdadeira soberania estatal. Em relação ao príncipe legítimo, ele era apenas um *governante interino*, mas, em relação ao mero ocupante de guerra, era um *verdadeiro governante estatal*. Seus decretos eram uma emanção da soberania estatal; não podiam ser vistos como nulos, mas como atos do Estado com validade jurídica.³⁵

³⁴ *Entscheidungen in Zivilsachen* [Decisões em questões civis] (v. C, 1920, p. 27).

³⁵ Burkhard Wilhelm Pfeiffer, *Inwiefern sind Regierungshandlungen eines Zwischenherrschafters für den rechtmäßigen Regenten nach dessen Rückkehr verbindlich?* (Kassel,

Assim, a ocupação bélica, a *occupatio bellica*, apresenta-se em contraposição conceitual a uma *mudança de soberania* como a uma *mudança de regime*. Já não era uma *tomada de terra* nem provocava qualquer mudança territorial: era uma tomada de posse meramente provisória e fática do solo e das coisas que nele se encontravam, e uma subordinação igualmente provisória e fática dos homens que estavam no solo ocupado, de sua administração e sua justiça. Permanecia sob a *reserva* do *jus postliminii*, isto é, do restabelecimento fático da situação anterior, e esse, por sua vez, sob a reserva das alterações efetuadas faticamente e no direito. Portanto, a ocupação bélica não revogava, de maneira nenhuma, a identidade e a continuidade do Estado ao qual pertencia o solo ocupado, do mesmo modo que não eliminava sua supremacia territorial sobre o território ocupado. Ela também não era, de nenhum modo, semelhante a uma mudança de regime, sem falar de uma mudança de constituição. Seu caráter provisório e meramente fático determinava sua natureza no plano do direito público e no do direito das gentes. Com a ajuda de tais diferenciações foi se definindo com crescente clareza, no curso do século XIX, um instituto jurídico particular no campo do direito das gentes, a *occupatio bellica*, a *ocupação bélica efetiva*, que não devia significar, para o território ocupado, nem mudança territorial, nem mudança constitucional, nem mudança de regime, e que devia ser diferente de cada uma dessas modificações de *status*.

É curioso e instrutivo ver como a acentuação do caráter *meramente provisório e meramente fático* da ocupação bélica suscitou a elaboração de um conceito jurídico dessa ocupação. Para o jurista formado no âmbito do direito civil, era óbvio trabalhar aqui com a diferenciação entre propriedade e posse, mudança de propriedade e mudança de posse, e dizer que o ocupante de guerra, até o fim definitivo da guerra, não é proprietário, mas apenas possuidor. No entanto, isso só fornecia analogias incompletas, que não iam ao cerne da questão. Pois se trata de uma delimitação de direitos, ou seja, de um genuíno problema de ordem espacial, que apresenta uma questão particularmente difícil para um direito das gentes de Estados soberanos na sua superfície [*souveräner Flächenstaaten*] que estão na mesma

1819); *Das Recht der Kriegseroberung in Beziehung auf Staatskapitalien* (Kassel, 1923). Não tive acesso ao livro de Schweikart *Napoleon und die kurhessischen Staatsgläubiger*.

superfície [*Fläche*].* Sem mudança de soberania, como se pode construir um poder de Estado que se exerça efetivamente por uma potência estatal em território estatal estrangeiro e contra a vontade do outro soberano? Aqui se contrapõem dois Estados soberanos. O poder estatal soberano, no entanto, antes de tudo, é um poder efetivo. O Estado ocupante estende o seu poder efetivo ao território do adversário, o qual já não tem poder efetivo; apesar disso, a extensão efetiva do poder não deve trazer consigo nenhuma mudança de soberania, de regime ou de constituição. Como isso se torna possível, na teoria e na realidade? A referência à vontade soberana do ocupante que renuncia voluntariamente à mudança de soberania seria mera ficção, um raciocínio vazio em teoria e precário na prática.

Apesar dessa dificuldade da construção jurídica, não se pode negar que a *occupatio bellica*, desde 1815, se desenvolveu no sentido de um instituto jurídico reconhecido no direito das gentes. Ela foi objeto de uma regulamentação explícita na Conferência de Bruxelas de 1874 e nos acordos do primeiro e (no essencial, concordante com ela) do segundo regulamento de Haia sobre a guerra terrestre, de 1899 e de 1907 (art. 42^oss). Sua base é a nítida diferenciação entre mudança de soberania – ou seja, mudança territorial – e a modificação provisória que surge pela ocupação militar. Uma teoria amplamente divulgada explicava essa difícil distinção com a ajuda de uma construção igualmente difícil: o Estado ocupante exercia o poder estatal no território inimigo ocupado, mas não o próprio poder estatal, e sim o do Estado do território ocupado, e não exercia esse poder estatal alheio com autorização do Estado opositor, mas, na perspectiva do direito das gentes, a partir de seu próprio título jurídico originário. O título no âmbito do direito das gentes aparece aqui como fundamento jurídico autônomo e não como derivado da soberania dos Estados em questão. Não é a renúncia do ocupante que impede a mudança de soberania imediata, tampouco é a autorização do ocupado que concede ao ocupante o direito ao exercício do poder de Estado estrangeiro.

A verdade é que o comandante militar das forças de ocupação estabelece relações diretas com a população do território ocupado. Surge assim

* Nesse caso, traduzimos “*souveräner Flächenstaaten*” por “Estados soberanos na sua superfície”, em lugar de “Estados territoriais soberanos”, pois Schmitt, na sequência do trecho, joga com a presença do substantivo *Fläche*, “superfície”, em *Flächenstaat*. [N.T.]

uma “comunidade jurídica provisória entre o inimigo e os habitantes do território ocupado”.³⁶ Esta é a realidade incontestável, que é incompatível com a exclusividade dogmática da chamada teoria dualista da relação entre o interior e o exterior. Pois não se trata nem de direito puramente intraestatal nem de direito puramente interestatal. A população do território ocupado não era considerada sujeito de direito, e as tentativas singulares – como, por exemplo, a do jurista italiano Gabba – de concebê-la como tal não tiveram êxito. Por isso, os juristas que desenvolveram o instituto jurídico da *ocupação bélica* no âmbito do direito das gentes também não notaram o gritante paralelo que surge entre as competências, do ponto de vista do direito das gentes, do comandante militar no território inimigo ocupado e as competências, do ponto de vista do direito público, do detentor do poder executivo no espaço que está em estado de guerra, de sítio ou de exceção. Em consequência disso, todas as questões importantes permaneceram, na prática, sem resposta jurídica que mantivesse correspondência com a situação real. Isso vale, particularmente, para as situações e medidas difíceis, mas inevitáveis, tratadas, por exemplo, por meio da palavra-chave *castigo*. A ciência jurídica positivista do direito constitucional continental não tem recursos para lidar com o problema do estado de exceção. Isso decorre da natureza do método positivista, o qual, por depender da vontade estatal que estabelece o direito, sucumbe diante de certas dificuldades tanto no plano do direito das gentes como no do direito constitucional. Ele quase sempre opta por se afastar, declarando a questão como *não jurídica*, e sim política.

Assim se explicam as construções artificiosas, elaboradas no século XIX para lidar com o instituto jurídico da ocupação bélica de território inimigo e que procuravam contornar o autêntico problema espacial: um poder de Estado estrangeiro no território de um Estado soberano que continuava a existir. Apesar disso, essas construções complicadas, que manobram entre as duas soberanias estatais, são típicas do direito das gentes europeu do século XIX e conduziram à última realização do *jus*

³⁶ Edgar Loening, *Die Verwaltung des General-Gouvernements Elsaß-Lothringen. Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechts* [A administração do governo-geral da Alsácia-Lorena. Uma contribuição para a história do direito das gentes] (1874, p. 35). O livro é, até hoje, de longe o melhor e mais bem fundamentado tratamento científico do problema na literatura alemã sobre o direito.

publicum europæum no âmbito do direito das gentes, um instituto jurídico dotado de uma coerência clássica, uma juridificação e, com isso, uma circunscrição da guerra. Nesse conceito da *occupatio bellica* elevada a instituto jurídico do direito das gentes encontram-se cinco diferentes linhas de pensamento que têm por conteúdo, de um lado, construções de forma jurídica e, de outro, ideias histórico-políticas do século XIX:

1. A representação do *justus hostis*, isto é, a não-discriminação do adversário na guerra.
2. A concepção da guerra terrestre continental como uma pura guerra de combatentes. No essencial, trata-se de uma confrontação que, de ambos os lados, envolve exércitos estatalmente organizados e procura separar o âmbito puramente militar e todos os outros âmbitos – a economia, a vida cultural e espiritual, a Igreja e a sociedade. Logo, os poderes do ocupante tinham de ser exercidos por um comandante militar. Apesar da desconfiança em relação ao militar em outros aspectos, um comissário civil suscitaria aqui reservas, pois nele se encarnaria uma ligação de domínios que deviam permanecer separados.
3. Os efeitos do *antigo* princípio de legitimidade, reconhecido no Congresso de Viena. Tal princípio tornou-se significativo na medida em que fomentou a ideia geral da oposição entre direito e poder efetivo e contribuiu para que fosse superada a prática de uma mudança de soberania, de *changement* ou *déplacement immédiat de souveraineté*, que surgia imediatamente com a ocupação efetiva.
4. Os resultados do *novo* princípio de legitimidade, do direito democrático dos povos à autodeterminação. Ele se contrapõe ao velho princípio de legitimidade dinástico-monárquico. Mas todo princípio de legitimidade mantém a diferenciação entre direito e poder efetivo, entre direito genuíno e mero fato. Um princípio de legitimidade democrático diferencia, além disso, entre o povo e o respectivo poder estatal. Quando a democracia é concebida de modo liberal-democrático, ele diferencia também entre Estado e sociedade livre, individualista. Todas essas diferenciações contribuem para que a ocupação efetiva de um território, por si só, não possa ser considerada definitiva, mas deva dar lugar a atos que estabelecem o direito, como um tratado de paz ou um plebiscito.

5. O padrão constitucional europeu do século XIX, que fixou a diferenciação entre direito privado e direito público como um *status* normal da vida intraestatal. No final do século XIX, quando surgiu o primeiro regulamento sobre a guerra terrestre de Haia, o constitucionalismo liberal era considerado idêntico à constituição e à civilização no sentido europeu. A economia, em particular, pertencia ao âmbito privado, não estatal. Ambos os lados que faziam a guerra pressupunham – tacitamente, mas às vezes também explicitamente – que esse padrão constitucional intraestatal era universal nos termos do direito das gentes.

O domínio do constitucionalismo liberal resulta em que a ideia de uma *occupatio bellica* associada a uma mudança constitucional permanente, na prática, excluída e fora de cogitação. Em ambos os Estados, tanto no ocupante como no ocupado, pressupõe-se a validade de uma constituição do tipo constitucionalista [*konstitutionellen Verfassung*]. Daí nascem também, de forma natural, os regulamentos de Haia sobre a guerra terrestre. O respeito aos princípios de uma constituição do tipo constitucionalista [*konstitutionellen Verfassung*] (que, em geral, é equiparada ao próprio conceito de constituição) exclui, em particular, intromissões do comandante militar e do Estado ocupante na propriedade privada. A possibilidade de que o Estado ocupante incorpore toda a economia do território ocupado à sua própria economia é inconcebível para o modo de pensar do século XIX, que presumia um sistema econômico liberal em ambos os lados. Tal possibilidade ultrapassava tudo aquilo que os autores dos regulamentos de Haia sobre a guerra terrestre puderam imaginar ao tratar da ocupação bélica.

O domínio do constitucionalismo liberal – como padrão constitucional pressuposto por ambos os lados nos termos do direito das gentes – é o fator decisivo de toda a evolução da *occupatio bellica*, que encontrou suas formulações clássicas na Conferência de Bruxelas de 1874 e nos regulamentos de Haia sobre a guerra terrestre, de 1899 e 1907. No instituto jurídico da tomada definitiva de terra – ou seja, da assim chamada sucessão de Estados – já nos deparamos com a vinculação entre a estrutura do direito das gentes e o padrão constitucional. Em relação à *occupatio bellica*, cabe indicar com uma palavra, mais uma vez, o curioso parentesco entre o instituto jurídico, presente no direito das gentes, do território militarmente

ocupado e o estado de sítio (ou de exceção) em um Estado constitucional do tipo constitucionalista [*konstitutionellen Verfassungsstaates*]. Em ambos os casos, uma situação que exige medidas extraordinárias e, por isso, viola a constituição deve estar sujeita à vigência da própria constituição. Em ambos os casos procura-se responder à difícil questão acentuando-se o caráter meramente provisório dessa situação e de suas medidas.

A separação dualista entre direito das gentes e direito público é – aqui como em outros casos – uma questão de fachada. Durante todo o século XIX e até a Primeira Guerra Mundial, um padrão constitucional comum ultrapassa, como pano de fundo ou como fundamento, a oposição aparentemente tão aguda entre interior e exterior, de modo que esse *dualis-*mo aparece como uma questão secundária, interessante apenas do ponto de vista jurídico formal. Onde falta o padrão constitucional comum do constitucionalismo europeu, o instituto jurídico da *occupatio bellica* também não pode ter alcance prático. Quando a Rússia ocupou, em 1877, o território otomano, foram logo eliminadas as antigas instituições islâmicas no território ocupado. Ninguém menos que H. Martens, que tinha sido o defensor do instituto jurídico da *occupatio bellica* na Conferência de Bruxelas de 1874, justificou a imediata introdução de uma ordem social e jurídica nova e moderna, afirmando que não fazia sentido que as armas russas mantivessem as regras e as situações envelhecidas, cuja eliminação era um dos principais objetivos dessa guerra russo-turca.³⁷

5. Observações sobre possibilidades e elementos do direito das gentes não relacionados com o Estado

O direito das gentes interestatal do *jus publicum europæum* é apenas uma das muitas possibilidades do direito das gentes em termos da história do direito. Ele também contém, em sua própria realidade, fortes elementos não estatais. Inter-estatal,* portanto, não significa de modo nenhum que

³⁷ E. A. Korowin, *Das Völkerrecht der Übergangszeit* (edição alemã por Herbert Kraus, Berlim, 1929, p. 135).

* No original, *zwischen-staatlich*. Carl Schmitt usa o hífen deliberadamente para explorar a ideia de uma ordem que se constrói entre [*zwischen*] os Estados. Na sequência do texto, todas as vezes que o adjetivo *zwischenstaatlich* estiver grafado com hífen (*zwischen-staatlich*), usaremos inter-estatal. O mesmo ocorrerá com inter-étnico, inter-cidades e inter-imperial. [N.T.]

cada sujeito do direito das gentes esteja isolado no seio desse tipo de ordem. Ao contrário. O caráter interestatal só é compreensível a partir de uma ordem espacial englobante, que é portadora dos próprios Estados.

Desde 1900 tornou-se habitual diferenciar, num agudo dualismo, *interior* e *exterior*. Desse modo, obscureceu-se o sentido da realidade do direito das gentes interestatal. Em particular, não se prestou suficiente atenção em que, na sua configuração clássica, o Estado do direito das gentes europeu traz *em si mesmo* outro dualismo, nomeadamente o dos direitos *público* e *privado*. Esses dois dualismos não podem ser isolados.³⁸ Infelizmente, na atividade hiperespecializada da ciência jurídica atual, isso se tornou quase natural. Acrescente-se ainda que a *common law* inglesa rejeitava o dualismo entre público e privado, como também rejeitava o conceito de Estado vigente na Europa continental. No entanto, permanece inalterado aquilo que o mestre da nossa ciência, Maurice Hauriou, nos seus *Principes de droit public* (2ª ed., 1916, p. 303ss), formulou de uma vez por todas: cada regime estatal, no sentido específico e histórico da palavra *Estado*, repousa em uma separação entre centralização pública e economia privada.

Quanto mais incisivamente o agudo dualismo entre interior e exterior fechava as portas, a partir do âmbito público, mais importante tornava-se o fato de que no âmbito privado as portas continuavam abertas, conservando-se nele uma universalidade, particularmente na esfera econômica, que atravessava as fronteiras. Disso dependia a ordem espacial do *jus publicum europæum*. Por isso, para se compreender a realidade do direito das gentes interestatal, são necessárias múltiplas distinções, que revelam as possibilidades e os elementos não estatais de um direito das gentes que, no mais, é inter-estatal.

O que exporemos a seguir pretende destacar algumas formas do direito das gentes que são alheias aos conceitos relacionados com o Estado e pertencem ao grande campo do direito das gentes não inter-estatal. Infelizmente, a palavra *Estado* tornou-se um conceito geral indiferenciado, um abuso que produz uma confusão geral. Em particular, as representa-

³⁸ Carl Schmitt, *Über die zwei großen Dualismen des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die Unterscheidung von Völkerrecht und staatlichem Recht zu der innerstaatlichen Unterscheidung vor öffentlichem und privatem Recht?* Na edição de homenagem a Georgios Streit, Atenas, 1940 (*Positionen und Begriffe*, p. 261).

ções espaciais da época especificamente estatal do direito das gentes dos séculos XVI ao XX foram transportadas para outras ordenações, essencialmente diferentes, do direito das gentes. Em contraposição a isso, é adequado recordar que o direito das gentes inter-estatal está limitado a manifestações históricas – situadas, pois, no tempo – da unidade política e da ordem espacial da Terra, e que nessa mesma época interestatal, juntamente com as relações, regras e instituições puramente interestatais, outras relações, regras e instituições não interestatais sempre foram determinantes.

- I. O direito das gentes, *jus gentium* no sentido de um *jus inter gentes*, depende, é claro, da forma de organização dessas gentes e pode significar:
 1. direito *inter-étnico* (entre famílias, parentelas, clãs, nações);
 2. direito *inter-cidades* (entre *poleis* e *civitates* autônomas; direito intermunicipal);
 3. direito *inter-estatal* (entre as ordens territoriais centralizadas das formações soberanas);
 4. direito entre autoridades *espirituais* e poderes leigos (papa, califa, buda, dalai-lama nas suas relações com outras formações de poder, em particular como portadores de guerras santas);
 5. direito *inter-imperial*, *jus inter imperia* (entre grandes potências com uma supremacia espacial que se estende para além do território estatal), que deve ser diferenciado do direito das gentes inter-étnico, inter-estatal ou outras possibilidades que predominem *dentro* de um império ou de um grande-espaço.
- II. Juntamente com o *jus gentium*, no sentido de um *jus inter gentes* (diferente segundo as formas estruturais das gentes), pode haver um *direito comum universal* que se estende para além das fronteiras das gentes fechadas em si (povos, Estados, impérios). Ele pode consistir num padrão constitucional comum ou num mínimo de organização interior cuja existência se presume em concepções e instituições religiosas, civilizacionais e econômicas comuns. O caso mais importante é o do direito universalmente reconhecido – que se estende para além das fronteiras dos Estados e dos povos – dos homens livres à propriedade e a um mínimo de garantia processual (*due process of law*).

No direito das gentes europeu do século XIX, ao lado do direito autenticamente inter-estatal – um direito diferenciado dualisticamente, para o interior e para o exterior –, existia um *direito econômico* comum, um direito privado internacional, cujo padrão constitucional comum (a constituição do tipo constitucionalista) era mais importante do que a soberania política das ordens territoriais singulares fechadas (politicamente, mas não economicamente) em si. Só quando a soberania política começou a se tornar autarquia econômica é que a ordem espacial comum veio abaixo, junto com o pressuposto do padrão constitucional comum.

Lorenz von Stein refere-se a esses dois direitos distintos (o direito inter-estatal e o direito comum universal) quando diferencia o *direito das gentes*, como direito inter-estatal, e o *direito internacional*, como *direito econômico e direito dos estrangeiros*.

No século XIX, esse direito internacional do livre comércio e da livre economia esteve vinculado à liberdade dos mares, interpretada pelo império mundial inglês. A Inglaterra, que, ao contrário dos Estados continentais, não tinha desenvolvido o dualismo entre direito público e direito privado, podia entrar imediatamente em contato direto com o componente privado, livre de Estado, de qualquer Estado europeu. A combinação de ambas as liberdades – com muito mais força do que a soberania interestatal de Estados iguais em direito – determinou a realidade do direito das gentes europeu no século XIX. A tal realidade pertencem, portanto, as duas grandes liberdades dessa época: a liberdade dos mares e a liberdade do comércio mundial.