

O CONCEITO MODERNO DE ESTADO E O DIREITO INTERNACIONAL *

Dionisio Anzilotti **

1.

Singular e não invejável posição aquela de quem hoje deve, por estrita obrigação acadêmica, inaugurar perante vocês, com a sua singela palavra, o novo ano letivo!

Nunca, como neste momento, ele sentiu em torno a si um tão profundo ceticismo sobre a legitimidade e a utilidade da disciplina que professa. O imanente conflito que se desenvolve sob os nossos olhos talvez não tenha demonstrado, com tremenda eloquência, a vaidade ou ao menos a extrema fragilidade de um pretendido ordenamento jurídico das relações entre os Estados, justamente no momento em que seu desenvolvimento se anunciava mais seguro e completo? E não é por isso mesmo gravíssimo erro e perigo habituar os povos a confiar nas razões do direito? Substituídas à forma interrogativa por mim utilizada, das afirmações claras e incisivas, e tereis o resumo de inúmeros artigos de jornais, sobretudo nossos, de conversas cotidianas, tereis em uma palavra – seria em vão dissimulá-lo – a expressão de um Estado de consciência tão difuso que pode ser dito já quase geral.

Em boa parte esta opinião certamente advém de idéias errôneas sobre a natureza do direito em geral, e do direito internacional, em particular. Quando, por exemplo, se

* *Il Concetto Moderno dello Stato e il Diritto Internazionale*, traduzido por Arno Dal Ri Júnior, foi o tema da Aula Magna ministrada pelo autor na abertura do ano letivo 1914-1915, na Università di Roma.

** Presidente do Tribunal Permanente Internacional de Justiça (1928-1931). Professor Catedrático de Direito Internacional na Universidade de Roma (La Sapienza).

argumenta sobre a falta de aplicação dos ideais pacifistas, ou do desconhecimento de determinadas exigências humanitárias, se confunde, manifestadamente, o direito positivo – que não exclui, mas prevê e disciplina a guerra, e somente em estreitos limites subordina a sua conduta a respeitar os supremos interesses humanos – com uma representação ideal do mundo e da vida que se contrapõe à realidade, mesmo se tende a se tornar ela mesma uma realidade.

Quando de verdadeiras ou afirmadas violações de normas positivas se extrai *sic et simpliciter* a inexistência das mesmas normas, se esquece que o direito não pertence ao mundo dos fatos, mas àquele dos valores, não ao ser, mas ao dever ser, que não é uma lei física, mas uma exigência ideal cujas violações – foi justamente dito – fazem somente brilhar com luz mais viva.

E quando finalmente somos criticados por favorecer perigosas ilusões, fazendo esquecer aos povos que a salvaguarda e a garantia suprema dos seus interesses estão na força a qual podem dispor, se confunde ainda uma vez o direito internacional com a propaganda pacifista, e não se pensa que o primeiro postulado de um ensino são desta disciplina somente pode acontecer através da afirmação da necessidade que o Estado saiba e possa, na ocorrência, fazer valer com a força os próprios direitos.

Mas a questão pode ser colocada sob um outro ponto de vista, que merece muito mais consideração. Os fatos têm demonstrado ainda uma vez que o Estado recorre às armas, não para fazer valer um seu direito contra outros Estados que o desconhecem, mas para realizar uma ordem de coisas mais conforme aos próprios interesses. Que estes interesses se cubram com o nome de direitos facilmente se compreende; seja porque a linguagem comum utiliza a palavra *direito* para expressar tanto as pretensões reconhecidas e garantidas pela lei positiva, quanto também, genericamente, as exigências que são ou se considerem conformes à justiça; seja porque cada Estado procura justificar a própria conduta magnificando a importância e a santidade das razões que o levam à guerra, e a isso também serve muito bem a elevação dos simples interesses ao status de direito.

Mas a verdade é que as guerras combatidas por motivos jurídicos são exceções, dado que elas existam; o motivo jurídico, ou realmente falta ou é o pretexto que cobre outras mais profundas razões. Se passássemos em revista todas as grandes guerras dos séculos XIX e XX, talvez não encontraríamos uma que tenha sido iniciada para fazer valer

um verdadeiro e próprio direito, quando a esta palavra se dê o significado técnico de pretensão garantida por uma norma jurídica.

E, pois, o fato inegável de que os Estados recorrem às armas não para realizar um direito, mas para introduzir uma ordem de coisas mais conforme aos seus interesses é compatível, e de que modo, com a existência de um ordenamento jurídico das relações inter-estatais? Pode ser, perante a este, racionalmente justificado?

2.

Por mais que possa parecer estranho, é inegável que a doutrina contemporânea está bem longe de ter tomado em exame esta questão com a amplitude e a profundidade de análise que a importância e a gravidade dessa pedem. Isso depende, em parte, de razões históricas, em parte de características eminentemente complexas do fenômeno bélico, os quais, combinando-se com certas tendências e com certos hábitos mentais prevalentes na nossa disciplina, fizeram com que a atenção dos escritores tenha se voltada mais ao aspecto ético e social da guerra, do que ao problema estritamente jurídico aqui formulado.

A concepção jusnaturalista – que por tanto tempo dominou incontestada neste campo – extraindo as normas de conduta dos Estados de uma lei natural pré-existente a cada estatuição positiva e tendo em si mesma o próprio valor e a virtude de obrigar, pôde facilmente afirmar a própria competência a avaliar juridicamente as causas da guerra.

E, de fato, distinguiu guerras justas e injustas conforme a causa que as determina e o escopo ao qual visam. Deste modo, vemos listadas entre as justas causas de guerra a necessidade de impedir um excessivo aumento de potência de outros, a conservação do equilíbrio político, a vontade de impor a tolerância de uma determinada religião ou de fazer cessar uma tirania manifesta – evocado novamente em uma recente ocasião – ou seja, da guerra voltada a punir um povo pelas violações do direito das gentes das quais confessou a culpa. De tal modo, a guerra se encontrava sempre em uma determinada relação com a ordem jurídica: meio de realização do direito, se justa; violações do direito, ato ilícito, se injusta.

Estes conceitos – aos quais certamente não pode ser desconhecido o mérito de uma rigorosa coerência – não deixaram de aliviar dificuldades no próprio seio daquela escola. Se a guerra é necessariamente justa ou injusta, razão quer que essa seja justa para uma das partes e não para a outra; uma guerra justa para ambos beligerantes é uma contradição em termos. Procurou-se girar a dificuldade recorrendo ao conceito da boa-fé: cada um dos beligerantes crê, em boa fé, defender o que é justo; isso basta para tornar igualmente aplicáveis a um e a outro as regras de direito bélico. Com isso, porém, a valoração das causas da guerra perdia toda a importância; e, de fato, na mesma doutrina tradicional, acabou por ganhar espaço a idéia de que não existem guerras conformes ou contrárias ao direito devido a sua causa, mas somente devido ao modo como são conduzidas.

É singular, porém, que, após ter chegado a este resultado, se continue a considerar a guerra como um meio jurídico, ou seja, como um meio para a defesa e a realização do direito. E talvez não se esteja distante da verdade ao afirmar que este conceito, absolutamente em contraste com a realidade das coisas e com a reconhecida incompetência do direito internacional a avaliar as causas da guerra, é ainda o mais difuso na doutrina e, sobretudo, na opinião comum.

Todavia não faltaram tentativas de uma diferente determinação da relação que passa entre a guerra e o direito internacional. Alguns disseram que a guerra constitui simplesmente um estado ou um modo de ser contraposto à paz; e, na verdade, seria difícil negá-lo, mas seria também mais difícil constatar que com isso tenha sido feito qualquer passo na direção da solução do problema que é a compatibilidade da guerra com o ordenamento jurídico das relações entre os Estados. É mais importante afirmar que a guerra é uma *forma de relação* entre os povos, destinada a satisfazer determinadas necessidades, assim como qualquer outra espécie de relação. Rettich, que é o autor desta teoria, se preocupou sobretudo de separar a guerra da categoria dos meios jurídicos, fazendo-a entrar naquela dos meios de relação: por este lado, suas lições indubitavelmente representam um progresso; mas, exceto este resultado puramente negativo, deixa tudo no mesmo ponto, porque nada diz acerca da possibilidade de que uma relação de violência encontre lugar no direito.

A opinião que tende a prevalecer na literatura mais recente e rigorosa, é que a guerra é um meio para a satisfação de interesses jurídicos e não jurídicos indiferentemente,

portanto, não avaliáveis nas suas causas e nos seus fins pelo direito, o qual pode somente estabelecer algumas regras atinentes às formas em que deve se manifestar. Deste modo, não mais meio jurídico, mas simplesmente meio de tutela de interesses. Que neste conceito esteja contida uma grande parte de verdade, me parece indubitável, e resultará do que direi posteriormente; mas tão indubitável quanto esta afirmação me parece que ele não basta para resolver o problema. Já que, de fato, a guerra se desenvolve em uma ação lesiva de direitos de terceiros, ou é necessário demonstrar que a ordem jurídica admite que um sujeito possa violar os direitos de outros sujeitos para satisfazer interesses próprios, ou, de outro modo, explicar como o fato bélico possa ficar fora da ordem jurídica. A primeira tese é expressamente inadmissível; seria como se o Estado dissesse aos cidadãos “não matem, não roubem, não falsifiquem documentos, etc... salvo se tenhas interesse a fazê-lo”. A segunda tese, ou seja, que a guerra esta fora do direito, pode ser verdadeira, mas fica a ser demonstrado como e porque; e a questão é muito mais delicada se pensamos que em cada ordenamento jurídico, e portanto, também naquele internacional, vige a regra que é juridicamente permitido tudo o que não é juridicamente proibido.

3.

Para resolver o problema é necessário determinar a relação que passa entre o Estado e aquele conjunto de normas que se intitula de direito internacional. A questão, melhor, se encontra toda aqui: a concepção da guerra a respeito do ordenamento jurídico internacional deve logicamente se fundar sobre a natureza e as características próprias do próprio ordenamento.

O problema das relações entre o Estado e o direito internacional é somente uma parte ou um aspecto do mais vasto e complexo problema concernente às relações entre Estado e direito em geral.

É notório que a recente doutrina do direito público procurou explicar o fato da subposição do Estado a normas jurídicas recorrendo ao conceito da auto-limitação. Já que, se afirmou, o direito emana do Estado e a vontade que se manifesta na norma jurídica é sempre vontade do Estado, o vínculo que advém da atividade deste é um vínculo que o

Estado impõe a si mesmo: o Estado se torna sujeito de direitos e de deveres jurídicos, seja através de outros Estados, seja através daqueles que são submetidos a sua potestade, devido a um comando que dirige a si mesmo.

Mas o princípio da auto-limitação tanto é justo e fecundo no campo da moral autônoma, tanto é arbitrário e deletério no campo do direito, essencialmente heterônomo. Também se se devesse admitir – e é uma concepção antropomórfica que encontra gravíssimas objeções – que o Estado pode se submeter a uma regra que dá a si mesmo, de fato não seria por isso demonstrado que dele advenha uma obrigação jurídica e não um puro dever moral. Melhor, já que o procedimento seria próprio da ética, razão teria se dele extraísse que o Estado possui deveres éticos, mas não tem deveres jurídicos. E, de fato, não se admite nem se pode colocar em dúvida pelos defensores desta teoria que o Estado possa se liberar quando quer dos vínculos que se impôs; ora, característica do dever jurídico é justamente a impossibilidade que o sujeito se libere dele quando e como lhe pareça melhor. Mas esta característica se explica somente sobre o terreno da heteronomia; um dever jurídico autônomo é uma contradição em termos. Acrescente-se o fato de a teoria se resolver em um círculo vicioso: qualquer ato de vontade produz conseqüências jurídicas devido a um pré-existente ordenamento jurídico; a auto-obrigação pressupõe o direito, enquanto que é assumida como ponto de partida da formação do direito.

Se queremos entender como o Estado possa vir a atuar uma atividade regulada pelo direito, se tornar um sujeito de ordenamentos jurídicos, a primeira condição é de não renegar, mas respeitar e aplicar rigorosamente as exigências do método jurídico. E, antes de tudo, portanto, partir do conceito fundamental de que é possível falar de atividade jurídica somente baseado em normas jurídicas pré-constituídas, e, portanto, que toda a atividade dirigida à constituição de tais normas permanece fora da esfera de direito, a qual começa somente onde termina esta atividade. A função construtora do ordenamento jurídico não é, então, função jurídica, mas simplesmente uma premissa do direito.

Daqui advém que se o Estado se demonstra na dupla veste de constituinte de normas jurídicas e de submetido à autoridade destas normas, deve se tratar de duas manifestações, as quais, seja o que for no que concerne a outras ordens de conhecimento, são absolutamente diferentes para o jurista e de modo algum podem ser reconduzidas sob um mesmo conceito. Em outras palavras, o Estado-pessoa não é, juridicamente falando, a

mesma coisa do Estado-legislador ou constituinte do direito: este se encontra acima e fora do direito, é uma premissa, um *prius* a respeito do direito; ao contrário, a personalidade do Estado, ou seja, a qualidade de sujeito de direitos e de deveres jurídicos, subsiste na ordem jurídica e para a ordem jurídica, é um *posterius* a respeito do direito. Como fora da ordem jurídica existe, não a pessoa, mas o homem, deste modo existe, não o Estado-pessoa, mas o Estado fenômeno social, o Estado-organismo ético, tudo, em suma, menos uma concepção jurídica do Estado. O Estado-pessoa é vinculado pelo direito, o Estado-criador escapa ao direito a cada limitação jurídica.

4.

Esta distinção no direito interno e conseqüente submissão do Estado ao direito em determinadas manifestações da sua atividade, se tornou praticamente possível mediante a teoria da divisão dos poderes. Não foi erroneamente dito, por quem sustenta que no Estado moderno o direito é posto acima de toda atividade, que a doutrina da separação dos poderes é um pressuposto necessário da concepção do Estado como Estado de direito, ou seja, do Estado que atua toda a sua atividade segundo o direito. Atribuída a função legislativa a um órgão distinto daqueles que são atribuídas as outras funções do Estado, acontece que a norma emanada pelo órgão legislativo – e que somente por este pode ser revogada ou modificada –, se impõe até que esteja em vigor aos outros órgãos e regula outras atividades do Estado. Não é o caso nem mesmo de mencionar aqui as dificuldades e os múltiplos aspectos de uma construção que afirma conjuntamente a unidade do Estado e a contraposição da função legislativa as outras funções estatais: nem menos de parar para examinar se e como deveria ser integrada ou corrigida. Certamente, a divisão dos poderes, e devido a sua origem histórica, devido ao modo em que foi concebida, se por um lado tornou possível a distinção entre o Estado legislador e o Estado executor (administrador ou juiz) e com isso a submissão do Estado ao direito, por outra forma re-afirmou implicitamente a posição a unidade do próprio Estado, e favoreceu o conceito de uma personalidade referida também ao Estado legislador, com a conseqüente teoria da auto-limitação, entendida

justamente no sentido de que seja o mesmo sujeito que cria o direito como legislador e a este último é submetido como juiz e como administrador.

Mas se de tal modo e por tal via a doutrina incontestavelmente se atrasou e tornou mais difícil a exata concepção do fenômeno, isso não deve nos fazer esquecer que nela se manifestou e por ela encontrou uma possível aplicação prática a necessidade indeclinável de distinguir, mesmo a respeito do Estado, a atividade voltada à formação do direito pela atividade jurídica propriamente dita, que é posterior e subordinada à norma. E não é difícil ver que a teoria da divisão dos poderes veio se desenvolvendo e aplicando de um modo que corresponde substancialmente a este conceito. O ponto fixo e seguro de tal desenvolvimento de fato está na distinção entre o poder legislativo e o executivo em sentido amplo, compreendendo toda atividade do Estado diferente da legislativa. As sub-distinções no campo da função executiva e especialmente aquela entre administração e jurisdição, foram sempre de caráter secundário e político talvez mais do que jurídico; tanto que o acordo sobre essas é muito menos completo do que o acordo sobre a divisão da função legislativa das outras consideradas no seu conjunto. Para ele, a distinção entre o legislativo e o executivo é algo mais do que uma distinção de funções e de órgãos, assim como pretende a doutrina prevalente: é a distinção entre dois aspectos do Estado completamente diferentes para o jurista; e somente a infiltração de elementos sociológicos e políticos – do qual o direito público, não obstante tantos respeitáveis esforços, mal e lentamente se libera – explica como se tenha quisto afirmar no campo jurídico uma unidade que contrasta com os princípios mais certos das nossas disciplinas. Mas a posição toda especial do poder legislativo, que é atuada com plena independência por todo vínculo jurídico e constitui somente uma premissa da manifestação da vontade estatal – enquanto o poder executivo é atuado na dependência e na atuação da lei – basta para demonstrar a profunda diferença que os separa, e justifica a tese de que o Estado legislador permanece claramente diferente do Estado executor, ao qual somente podem ser atribuídos direitos e deveres, por que somente *de lege lata* se têm direitos e deveres.

5.

A questão nas relações internacionais é mais delicada. Também aqui os Estados se demonstram como constituintes e como sujeitos da ordem jurídica. E pelas razões já mencionadas os dois momentos devem ser tidos como absolutamente diferentes; mas distingui-los não é fácil, seja devido à consideração unitária do Estado que nas relações internacionais se impõe improvisamente ainda mais do que nas relações internas, seja pela falta de formas próprias da função constituinte do direito.

Os escritores antigos, e aquele amplo elenco de modernos ou moderníssimos que continuam a sua tradição, não conhecem o problema, porque extraem as normas internacionais de uma fonte cuja vontade do Estado permanece estranha, seja essa a natureza das coisas ou a razão humana, seja também a vontade da comunidade internacional entendida como um ente em si, a *magna civitas*, na qual os Estados ocupam a mesma posição que têm os indivíduos nas *civitates*. Neste conceito, o Estado se encontra perante – belas e formadas –, às normas que a ele são impostas nas suas relações com outros Estados: a constituição da ordem jurídica, a menos nos seus momentos fundamentais, precede o Estado, o qual é simplesmente seu súdito ou membro.

Impossível refazer aqui a crítica de uma concepção que inclui todo um sistema de filosofia jurídica, e que de outro modo foi feita já tantas vezes. Somente isso direi: se é verdade que o direito supõe um pluralidade de sujeitos, cujas ações se encontrem ou interfiram em um meio comum, e se por isso a possibilidade de um direito entre Estados é determinada com o estabelecimento de uma coordenação entre os mesmos Estados devido a recíprocas necessidades e aspirações, é também verdade que o direito consiste na determinação objetiva de um sistema de obrigações e faculdades recíprocas, determinações a qual somente pode ser obra de uma vontade concreta. É essencial para a existência do direito uma vontade que o afirme; os motivos, as condições que determinam tal vontade são indiferentes. Ora, uma vontade concreta capaz de estabelecer normas de condutas dos Estados não pode ser procurada fora dos próprios Estados; não, em particular, na comunidade internacional, que é somente uma expressão para designar o conjunto dos Estados entre os quais subsiste aquele *minimum* de coordenação ética que torna possível o estabelecimento de relações jurídicas.

Para todas as outras razões e de todo um outro ponto de vista, o problema desaparece também naquela teoria, que, surgida em íntima conexão com as novas idéias em

torno à natureza do Estado e do direito, representa, de certo modo, a reação mais violenta contra o modo tradicional de entender o direito internacional.

Não é sem um profundo significado que Hegel, para o qual o Estado é “a realidade da idéia ética”, tenha sido o primeiro a resolver explicitamente o direito internacional em um direito estatal externo, ou seja, um complexo de normas colocadas pelos Estados individualmente relativas as suas relações com os demais Estados. Neste sistema, mesmo se combinado – como se fez mais recentemente –, com a teoria da auto-limitação, vem menos uma verdadeira ordem jurídica internacional: o problema da distinção entre a atividade do Estado voltada à constituição da ordem jurídica e a atividade independente deste é o mesmo que antes mencionei falando de direito interno.

Mas a teoria contrasta com os fatos e não dá razão àquilo que deveria explicar. Se fosse verdade que as normas relativas às relações entre os Estados são normas de direito estatal, a sua inobservância por parte do Estado que as emanou constituiria um fato incontestável para os outros Estados, como a inobservância de qualquer lei interna; a eficácia de tais normas dependeria exclusivamente da vontade do Estado que as emana; este poderia sempre revogá-las ou modificá-las, e por seu ato, qualquer que fosse a sua avaliação ética, deveria ser visto como juridicamente indiferente. Ora, se existe uma convicção que emana límpida e indiscutível de toda a história das relações internacionais, que se manifesta em mil modos, em toda ocasião, em todo momento, esta é certamente que o Estado não pode a seu bel prazer se subtrair de determinadas obrigações para com outros Estados. Além do mais, as normas de direito estatal externo – a qual se queria reduzir o direito internacional – existem verdadeiramente, e a sua análise demonstra que são algo bem diferente das normas que concernem à conduta recíproca dos Estados. Justamente por emanarem da vontade estatal, contém uma disposição obrigatória que se dirige a sujeitos dependentes da autoridade do Estado; a conduta contemplada pela norma é uma atividade do Estado ou de pessoas submetidas a ele que pode muito bem interessar um Estado estrangeiro – **mas que nunca se refere, por não poder se referir – uma relação entre os dois Estados**. Daí advém que estas normas de fato não excluem nem substituem outras normas reguladoras das relações inter-estatais, mas antes, freqüentemente são, direta ou indiretamente, uma conseqüência.

Deste modo, se o artigo 246 do código italiano da marinha mercantil estabelece que, em caso de guerra entre Potências com as quais o Estado se mantenha neutro, não serão recebidas nos portos, nas enseadas ou nas praias do Estado, navios corsários ou de guerra com botins, a não ser no caso de libertação forçada; se o artigo 129 do código penal italiano pune o insulto ao emblema de um Estado estrangeiro; se o artigo único da lei de 28 de dezembro de 1920 estabelece que os membros estrangeiros de tribunais arbitrais constituídos tendo por base a Convenção da Haia para o regulamento pacífico de conflitos internacionais gozaram, no exercício das suas funções, dos privilégios e das imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos; é evidente que estas disposições, que são verdadeiramente de direito estatal externo, são bem diferentes das normas que dizem: um Estado neutro não deve receber em seus portos navios corsários ou de guerra beligerantes com botins, exceto no caso de libertação forçada; um Estado não deve tolerar que no seu território sejam impunemente insultados os emblemas dos Estados estrangeiros; os Estados firmatários da Convenção da Haia para o regulamento pacífico de conflitos internacionais devem conceder os privilégios e as imunidades diplomáticas aos membros estrangeiros dos tribunais arbitrais no exercício das suas funções. Estas últimas verdadeiramente concernem ao comportamento recíproco dos Estados e estabelecem respectivas faculdades e obrigações, onde o artigo 246 do código italiano da marinha mercantil ordena aos oficiais de porto a não admitir navios de guerra ou corsárias com botins, o artigo 129 do código penal italiano proíbe o insulto aos emblemas de Estados estrangeiros e comina determinados direitos contra os transgressores, a lei de 28 de dezembro de 1920 conceda certos direitos a determinados indivíduos.

Aqui interessam somente as verdadeiras normas internacionais, aquelas que concernem à conduta recíproca dos Estados. Se estas normas sejam jurídicas ou não, é questão de importância bastante relativa. É certo que, e na sua estrutura formal e na técnica da sua aplicação, apresentam uma estreita analogia com as normas jurídicas internas; também é certo que estas últimas possuem algumas características que não são encontradas nas primeiras. Talvez a questão seja mais de palavras do que de outra coisa, ou, se para melhor, está em jogo o conceito geral do direito, as quais características formais podem ser determinadas de modo mais ou menos rigoroso e compreender ou não as normas de que

falamos. Independente do que se pense sobre isso, é fato que as normas existem e perante à elas quer ser colocado e determinado o problema que nos interessa.

6.

Colocada à parte a concepção de um direito que vem da natureza, que subsiste e obriga somente pelo fato de que as coisas são constituídas em um determinado modo, a doutrina mais recente, se uniformizando a exigências indeclináveis do pensamento que já tinham obtido amplo reconhecimento em outras partes da jurisprudência, colocou a fonte formal das normas internacionais na vontade coletiva dos Estado. Esta não é vontade de um sujeito diferente dos Estados, é simplesmente o resultado da reunião de mais vontades de conteúdo idêntico, que se objetiva em uma norma e subsiste nessa e por essa. A norma internacional é, portanto, a declaração de uma vontade diferente daquela do Estado; daí advém – coerentemente à persuasão comum – que não está entre as faculdades do Estado a de se liberar da obrigação de observá-la: produto da vontade que não é do Estado, mas de mais Estados, a norma não pode ser revogada ou modificada a não ser com o concurso de todos os Estados que a constituíram. De tal modo, se afirma a subordinação do Estado à norma e ao caráter claramente heterônomo desta, mesmo permanecendo firme o princípio de que o Estado não pode ser obrigado sem a sua vontade, já que a norma não se constitui, a respeito dele, se não enquanto concorreu para formar a vontade coletiva nessa objetivada. Partindo desta base, pela qual a norma-vontade dos Estados é nas relações internacionais aquilo que a norma-vontade do Estado é nas relações internas, a doutrina construiu um sistema completo, em que se enquadram todas as relações surgidas entre os Estados devido a normas independentes pela sua vontade coletiva: o complexo de tais normas constitui o que se diz ser “ordenamento jurídico internacional”.

Pois bem, se a norma internacional é o produto do acordo de vontades estatais, o Estado se apresenta a nós também aqui no duplice aspecto de constituinte da ordem jurídica e de sujeito de direitos e deveres que dele são conseqüências. O ato de pôr normas é manifestação de vontade nova, enquanto atividade jurídica é realização de vontade pré-existente nas normas. Os Estados agem como sujeitos da ordem jurídica internacional

quando atuam a vontade contida nas normas, exercitando as faculdades e cumprindo os deveres que elas estabelecem: deste modo, por exemplo, o Estado que exige a concessão de determinados privilégios aos agentes diplomáticos que a envia junto a outros Estados, e concede os citados privilégios aos agentes enviados junto a ele; o Estado que tendo por base um tratado anterior pede a um outro Estado a execução de uma comissão rogatória ou executa aquela solicitada por um outro Estado; o Estado que, na mesma hipótese, pede ou concede a extradição de um indivíduo; e daí por diante. Quando, ao contrário, se trata de constituir uma vontade nova ou que modifique as normas em vigor, seja em geral, seja para um caso determinado, os Estados não agem mais como sujeitos da ordem jurídica internacional, mas como criadores, constituintes da própria ordem. E enquanto naquela primeira atividade – somente naquela – aparecem investidos de direitos e de deveres jurídicos, ou seja, encontram limitações jurídicas da sua vontade, nenhum limite é concebível aos atos volitivos dos Estados como criadores de normas, como constituintes da ordem jurídica internacional, justamente por se tratar de atividade pré-jurídica, que não deve nem pode ser qualificada pelo jurista, assim como não é juridicamente qualificável o conteúdo da vontade que se manifesta na função legislativa. Neste campo, os Estados podem querer qualquer coisa e tudo o que querem pode se tornar o conteúdo, como de leis internas, também de normas jurídicas internacionais.

7.

Se isso é verdade, o problema que nos tínhamos proposto encontra já uma fácil solução: a guerra se encontra, nas suas causas e nas suas finalidades, fora do direito por ser atividade voltada à construção do direito. Enquanto a ordem jurídica interna é o produto da vontade de um Estado – o qual por isso pode sempre modificá-lo e plasmá-lo a seu bel prazer –, a ordem jurídica internacional é o produto da vontade de mais Estados e somente pode ser modificada por esta vontade. O Estado o qual, para satisfazer aos próprios interesses, quer modificar a ordem jurídica em vigor, pode somente provocar a formação da vontade coletiva idônea e atuar a modificação quista. Tal vontade pode se formar espontaneamente, enquanto a modificação responde ao interesse comum, e pode ser o

resultado de ações compulsivas de diferentes gêneros exercitadas por um ou mais Estados sobre outros Estados. A vontade de um Estado ou de alguns Estados de modificar o direito vigente vale tanto quanto a vontade de não modificá-lo de um ou mais outros Estados; esta e aquela estão igualmente fora do direito, portanto, valoráveis de um ponto de vista ético ou político, mas não jurídico. Onde não exista a possibilidade, mediante recíprocas transações e renúncias, de um acordo que satisfaça os vários interesses em contraste, somente a força moral ou material que os Estados efetivamente possuem naquele determinado momento decidirá se e quais modificações devam ser introduzidas na ordem existente: não seria nem mesmo concebível que o querer de um Estado, ou também de muitos, parasse o perpétuo caminhar da humanidade. Neste sentido, é verdade que a ordem jurídica internacional é o produto da vontade dos mais fortes, como o é, de resto, mesmo se de modo menos aparente, a ordem jurídica interna: não porque exista um *direito da força*, mas porque nos conflitos entre grupos sociais, que constituem por si o direito regulador das suas relações e são por isso juntos legisladores e súditos, é inevitável e é também eticamente justo que a vontade normativa seja, de fato, o produto daqueles grupos, que, tendo atitude para se impor, mostram, como esse mesmo fenômeno tem qualidades superiores àquelas de grupos a qual se impõem.

Não é tarefa da civilização impedir o predomínio dos fortes, mas fazer com que a força seja determinada sempre mais por elementos intelectuais e morais e a ordem jurídica se aproxime assim, progressivamente, do ideal ético, com o qual nunca poderá ser confundida, nem ser trocada.