

BJIR

Brazilian Journal of International Relations

ISSN: 2237-7743 | Edição Quadrimestral | volume 5 | edição nº 1 | 2016

"A Comunidade Internacional e o Direito"

Norberto Bobbio

 Igepri
Instituto de Gestão Pública e
Relações Internacionais

 unesp
Universidade Estadual Paulista
"Júlio de Mesquita Filho"

A Brazilian Journal Of International Relations (BJIR) está indexada no International Political Science Abstracts (IPSA),
EBSCO Publishing e Latindex

“A COMUNIDADE INTERNACIONAL E O DIREITO”^{* 1}

Norberto Bobbio

Resumo: O texto consiste numa ampla resenha crítica escrita pelo filósofo italiano Norberto Bobbio sobre o livro *La comunità internazionale e il diritto* [A comunidade internacional e o direito] (1950) de Mario Giuliano, na qual são discutidas essencialmente questões clássicas da filosofia do direito internacional, como a contraposição entre jusnaturalismo e juspositivismo, a natureza do direito internacional, a contraposição entre internacionalismo e cosmopolitismo, a reforma do direito internacional, a reforma da comunidade internacional, os temas da paz e da guerra, a cientificidade do direito internacional, a contraposição entre direito internacional e direito estatual e o tema do pacifismo.

Palavras-chave: Mario Giuliano, direito internacional, comunidade internacional, internacionalismo, pacifismo.

“THE INTERNATIONAL COMMUNITY AND THE RIGHT”

Abstract: This paper is a comprehensive critical review written by the Italian philosopher Norberto Bobbio on the book *La comunità internazionale e il diritto* [The international community and the right] (1950) by Mario Giuliano, which are discussed essentially classical questions of philosophy of law international, as the opposition between natural law and positive law, the nature of international law, the opposition between internationalism and cosmopolitanism, the reform of international law, the reform of the international community, the issues of peace and war, the scientificity of international law, opposition between international law and estatual rights and the issue of pacifism.

Keywords: Mario Giuliano, international law, international community, internationalism, pacifism

* Este texto foi publicado originalmente em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 04, 1951, pp. 1.020-1.030. Agradecemos ao Instituto Norberto Bobbio pela gentileza da cessão dos direitos de tradução e publicação deste texto. Tradução Erica Salatini.

¹A propósito do livro de Mario Giuliano, *La comunità internazionale e il diritto* [A comunidade internacional e o direito]. Publicado pela Sociedade Italiana para a Organização Internacional. Pádua: Cedam, 1950 (367 p.).

Problema prejudicial e fundamental para a ciência do direito internacional é, como sabemos, o da juridicidade do ordenamento internacional. O amplo e muito documentado estudo de Mario Giuliano é dedicado principalmente à discussão deste problema, cuja solução implica na elaboração de uma concepção geral do direito e, portanto, interessa não apenas aos cultores do direito internacional, mas a todos os estudiosos do direito, em particular aqueles que, da pesquisa particular dos campos limitados das suas disciplinas, não se esquecem de remontar à teoria geral do direito. Já que hoje não existe mais um jurista digno deste nome que não tenda à construção implícita ou explícita de uma teoria geral, existe razão para acreditar que o livro de Giuliano suscitará grande interesse e comentários no campo dos nossos estudos. Raramente é possível encontrar um livro tão rico de informação histórica (de primeira mão) e de perspectivas teóricas, em que a história não é jamais erudição pela erudição, mas sempre voltada para a formação, para a justificação e o esclarecimento das teses doutrinárias; em que a teoria não é cogitação abstrata e acadêmica, mas expressão de uma avaliação histórica madura e, portanto, indício de uma tomada de posição ético-política consciente; em que, resumindo, análises históricas e desenvolvimentos doutrinários se leiam estritamente de modo a ressaltar com exemplar clareza e coerência a ideia central que percorre inteiramente a pesquisa do princípio ao fim.

Há, justamente, na obra de Giuliano, uma ideia central, um verdadeiro tema-guia, em torno do qual se desenvolvem as particulares sondagens históricas e doutrinárias como variações. O tema central é o seguinte: o direito é um produto, uma superestrutura de um determinado ambiente social. Deste tema central deriva um princípio fundamental para a ciência jurídica, um verdadeiro cânone da pesquisa jurídica: para conhecer um ordenamento, ou seja, para elaborar uma verdadeira ciência do direito, não se pode abrir mão de conhecer a sociedade cujo ordenamento é o produto, a superestrutura. Aplicando este cânone metodológico ao campo dos estudos internacionalistas, tem-se que não se pode compreender o ordenamento jurídico internacional e, portanto, não se pode elaborar uma ciência do direito internacional se não se tem presente que o direito internacional não é mais que o produto, a superestrutura da sociedade internacional, portanto, se não se estuda empiricamente, isto é, nas suas manifestações verificáveis de fato, a sociedade internacional. Esta impostação metodológica conduz Giuliano a sustentar que a única concepção do direito que atualmente pode representar completamente e coerentemente o fenômeno jurídico é a sustentada por [Roberto] Ago, segundo a qual as normas jurídicas não são nem comandos e nem juízos hipotéticos, mas sim juízos de valor jurídico, isto é,

juízos que atribuem um valor específico (quer dizer, diverso do valor religioso, moral, econômico, etc.) aos comportamentos sociais constitutivos do ordenamento em questão. O ordenamento jurídico é representado como (a definição é do mesmo [Roberto] Ago) “um sistema orgânico e organizado de juízos atributivos de um valor jurídico aos fatos e às situações que se produzem na vida da sociedade em que o próprio ordenamento se fixou historicamente” (p. 187).

Já nestas linhas fundamentais aparece claramente que a teoria de Giuliano se insere no vasto movimento das concepções sociológicas ou institucionais do direito, que de várias formas e em diversos momentos, atacaram e desmantelaram a fortaleza do estatualismo jurídico dominante na segunda metade do século passado². Todo o livro é perpassado por uma crítica contínua, resoluta e às vezes áspera, das doutrinas que, ao invés de considerarem o direito como produto da sociedade, teriam separado, algumas vezes violentamente, o fenômeno jurídico do fenômeno social, e, outras vezes, considerado, ainda, a sociedade como um produto do direito. Estas doutrinas, às quais, na primeira parte da obra, é dedicado um exame, são consideradas em conjunto por Giuliano como emanção da corrente do positivismo jurídico e são identificadas às concepções estatualistas do direito, que têm como fundador [John] Austin; à estas se deve incluir, como manifestação última e degenerada, a doutrina pura de [Hans] Kelsen. Para reencontrar a expressão de uma atitude mais rigorosa diante do direito, Giuliano considera dever remontar para além do positivismo, à escola histórica que bem viu a dependência do fenômeno jurídico da comunidade da qual surge e buscou o fundamento disso unicamente na consciência dos filiados; antes ainda, à corrente do jusnaturalismo clássico, cuja reabilitação diante das falsas interpretações, devidas, sobretudo, à confusão entre o jusnaturalismo genuíno e as suas degenerações posteriores, Giuliano dedica o mais interessante e original capítulo da parte histórica.

Ousaria afirmar ainda que, da tendência sociológica, hoje, em qualquer lugar em andamento, o pensamento de Giuliano representa, talvez, a extrema ponta. Basta dizer que a tese conclusiva da obra declara que a função do direito não é a de determinar ou garantir uma certa ordem social, mas, apenas, a de exprimir, de refletir em termos de valor jurídico, isto é, em um conjunto mais ou menos orgânico de juízos de valores jurídicos, uma ordem

² Veja o juízo crítico formulado a propósito desta mesma obra por R[enato]. TREVES, *Il diritto come giudizio sociale* [O direito como juízo social]. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1951, pp. 557-571.

social substancialmente já alcançada na concretude da vida e da história (p. 301). A doutrina comum, insistentemente criticada ao longo e no curso do livro, sempre sustentou o primado, a superioridade do direito sobre a sociedade. Pois bem, Giuliano subverte totalmente esta tese, afirmando o primado, a superioridade da sociedade sobre o direito, chegando a negar ao direito a função social, que lhe é reconhecida até pelas doutrinas institucionais, de tender ao estabelecimento da ordem social, sem atribuir-lhe outra função que a de exprimir uma ordem que se compõe primeiro na sociedade e independentemente do direito. Tese mais subversiva (e, portanto, mais restritiva) do direito, a mim parece que não se possa cogitar. Tão subversiva e restritiva que me acompanhou ao longo de todo o livro uma suspeita: para reagir às concepções que exaltam o direito para além dos seus méritos, Giuliano não chegou colocá-lo abaixo das suas possibilidades? Para contrastar os autores que encheram o direito de conteúdo não próprio, Giuliano não acabou por esvaziá-lo de qualquer conteúdo?

O nosso autor quis escrever um livro “contra a corrente”. Isso não pode aparecer na Itália, onde o influxo do formalismo foi muito mais eficaz e está longe de ser exaurido. Bem consciente do valor polêmico do seu livro, Giuliano foi induzido, se não me engano, a acentuar certos tons, a agravar certas críticas, a radicalizar certas posições. Tanto que, mesmo estando eu mesmo de acordo sobre a direção geral e aprovando totalmente a “batalha”, se podemos chamá-la assim, contra as velhas concepções imperativistas, estatualistas e voluntaristas, em defesa de uma orientação menos abstrata e mais historicista, menos formalística e mais sociológica, não posso deixar de formular algumas observações críticas, que intencionam, sobretudo, restabelecer um certo equilíbrio entre exigências opostas ou, pelo menos, mostrar as consequências perigosas que derivam do fato de se colocar todo o peso sobre apenas um lado da balança. Devo acrescentar que me vi no livro de Giuliano como em um espelho, e, por meio de algumas excessivas intolerâncias do autor, tomei consciência das intolerâncias das quais eu mesmo demostrei em alguns escritos precedentes, de modo que, nas observações que seguirão, é difícil dizer onde acaba o diálogo e onde começa o monólogo; separar os motivos de uma *disputatio cum amico* [disputa entre amigos] dos de uma *exhortatio ad seipsum* [exortação para si mesmo]. O amigo Giuliano evidentemente não sabia ter escrito também, além de um livro jurídico, uma obra edificante!

Começamos pela parte histórica. Nada a dizer sobre a direção geral destas pesquisas e sobre o propósito pelo qual foram feitas e sobre os resultados obtidos, que podem ser resumidos brevemente assim: desvalorização das teorias positivistas e revalorização das doutrinas jusnaturalistas na sua expressão mais clássica. Aliás, sobre este segundo assunto, a análise de Giuliano é cheia de anotações agudas e de intuições que talvez mereceriam maior desenvolvimento. São dois os pontos aos quais Giuliano dá maior destaque: 1) o direito natural é para os jusnaturalistas um direito real (e não ideal) e a sua realidade está em ser um produto necessário (não arbitrariamente posto) da sociedade humana, pelo que não existe sociedade sem direito, e lá onde não existe direito positivo (ou seja, posto) o direito é por natureza (tais observações têm um notório precedente, ao menos na interpretação grociana de [Georges] Gurvitch, *L'idée du droit social* [A ideia do direito social], p. 173 ss., não relembra por Giuliano); 2) o jusnaturalismo não é, pela sua essência intrínseca, anti-historicista, tanto é verdade que prevalece, como critério de relevância do direito, mais que a *ratio* [razão] (isto é, a dedução abstrata do princípio) o *consensus* [consentimento] dos povos. E aqui, talvez inconscientemente, Giuliano expressa algumas considerações que estão de acordo com as recentes investigações de um agudo estudioso de Grócio, o qual buscou demonstrar a inconsistência da acusação comum de abstracionismo a ele dedicadas³.

Qualquer objeção, se houver, seria para destacar o método historiográfico seguido por Giuliano na elaboração da parte histórica. Aqui me parece que a atitude polêmica geral, às vezes, tenha lhe dominado. Não ousaria afirmar que ele tenha sempre evitado de cair no erro, que reprova tão limpidamente em tantos outros estudiosos, de ter negligenciado o estudo dos predecessores “com a consequência de conceber as doutrinas que o tinham precedido predominantemente como um amontoado de sutilezas e de erros graves, não só com a ambiciosa e, no fundo, ingênua pretensão de se colocar como pioneiro do único e verdadeiro endereço científico no campo dos estudos do direito internacional” (p. 163). Não é que Giuliano tenha negligenciado o estudo das doutrinas precedentes: aliás, sobre este ponto, o esforço feito pelo autor e que preenche grande parte do livro é mais que notável, é surpreendente. Mas se tem a impressão que ele tenha se posto diante da história

³ Veja G[uido]. Fassò, *Prolegomeni al Diritto della guerra e della pace di Ugo Grozio* [Prolegômenos ao Direito da guerra e da paz de Hugo Grócio], Bolonha, 1949. Introdução, p. 4 ss., e *Ragione e storia nella dottrina di Grozio* [Razão e história na doutrina de Grócio], extraído dos *Rendiconti Accademia Scienze Bologna*, série V, vol. III, 1949-50.

das doutrinas com uma atitude um pouco maniqueísta: de um lado estão os eleitos, do outro os réprobos. Ele parte da tese fundamental, sobre a qual não admite discussão nem mesmo qualquer hesitação razoável, que o direito internacional é direito. Eis o critério absoluto para a aprovação e a condenação: toda doutrina, de qualquer tempo e em qualquer circunstância elaborada, que negue a juridicidade do direito internacional é o mal, o erro, as trevas; por outro lado, todas as teorias que, de um modo ou de outro, afirmam que o direito internacional é direito, são o bem, a verdade, a luz. Desta maneira, a história (para usar os conhecidos termos de [Benedetto] Croce) cessa de ser “justificadora” e se torna “justiceira”. Se Giuliano tivesse acolhido o propósito típico do historiador de justificar ao invés de se colocar como justiceiro, teria evitado certas durezas polêmicas e certas reinvidicações generosas demais.

Por exemplo, as pesquisas, de resto muito pontuais, sobre o direito natural são constantemente acompanhadas por um forte tom celebrativo. Tais teorias, extraídas do seu contexto temporal e alçadas a modelo de ciência jurídica, são frequentemente operadas para lançar descrédito sobre as doutrinas positivistas, tratadas como doutrinas cientificamente regressivas. Ora, diante de tal atitude de reinvidicação, parece-me lícita alguma reserva. Antes de tudo, a concepção pluralista do direito, seguida por Grócio, que permite considerar como direito também o direito internacional, poderia ser qualquer coisa menos moderna: não poderia ser um resíduo da concepção jurídica formada sobre a estrutura da sociedade medieval? De fato, após poucos anos, Hobbes, o primeiro grande teórico do Estado Moderno, eliminará completamente a concepção pluralista do direito como incompatível com a realidade efetiva. Assim, colocando cada um no próprio tempo, é mais “científico” Grócio ou Hobbes em relação ao problema do pluralismo e do monismo jurídico? Em segundo lugar, a consideração do direito natural como direito, à qual, sem dúvida nos é útil retomar hoje, poderia ser em Grócio, ainda, o resultado de uma confusão, ou pelo menos, de uma não clara distinção entre direito e moral. Como é sabido, *lex naturalis* [lei natural] significa cada regra da conduta humana originada e obtida da natureza humana considerada em si: portanto, é *lex naturalis* [lei natura] tanto a regra moral quanto a jurídica. Seria o caso de ver, portanto, caso a caso, até que ponto Grócio compreende no *jus naturale* [direito natural] também as regras morais e do costume, e até que ponto a consideração do direito entre os Estados como direito natural corresponde ao que hoje – diferentes o costume e a moral do direito – chamamos regra jurídica. Permanece ao menos, portanto, a dúvida de que, se hoje algumas ideias dos jusnaturalistas voltaram à

atualidade, isto não deve ser considerado em relação a uma tão potente quanto inexplicável iluminação daqueles juristas em comparação aos seus sucessores, quanto mais à crise do Estado moderno, do qual nós somos expectadores e que nos induz inevitavelmente a encontrar afinidade e consenso nos autores que escreviam antes que o Estado moderno tinha chegado ao próprio fim e à plena consciência de si.

Para dar um outro exemplo, as doutrinas positivistas, quando colocadas de um ponto de vista historicista, deixam de parecer umas aberrações científicas. Se se observa a qual esforço se deve a gestação do Estado moderno, que veio se constituindo por meio da gradual monopolização do direito e sobre a eliminação dos ordenamentos jurídicos subjacentes ou sobrejacentes ao Estado e, portanto, também do direito natural enquanto direito independente do Estado, não é de surpreender que se, depois, ao término do processo (e a filosofia do direito de Hegel foi a consciência filosófica desta realização), o fenômeno do Estado possuísse tal carga ideológica para influir potentemente sobre quem quer que se dispusesse a estudar a realidade do Estado em relação a outras sociedades submetidas ou sobrepostas a este. Não deve se escandalizar se os juristas, por um certo período de tempo, dão destaque às diferenças (que, na realidade, existem e ninguém, nem mesmo Giuliano, pode negá-las) entre o ordenamento jurídico do Estado, que criou um potente mecanismo para a atuação das próprias normas, e outros ordenamentos, como o internacional, que não têm este mecanismo e não oferecem nenhuma garantia de possuir, mesmo no futuro, mais que as características comuns. Colocando em evidência as diferenças, chegam à conclusão conseguinte, do ponto de vista deles, que o direito internacional não é direito e, entende-se, como deve entender qualquer um que não queira fazer polêmica cômoda demais, não é direito estatual, ou seja, não é o direito que apenas aqueles escritores estão dispostos a considerar tal, também por razões, como se disse, ideológicas que, em um exame crítico, não se podem facilmente esquecer. Prescindir totalmente das condições históricas, nas quais certas doutrinas foram elaboradas e lançar sobre elas uma maldição porque não veem as coisas como nós as vemos, é, após cinquenta anos de progressos clamorosos da comunidade internacional na organização do próprio ordenamento, a meu ver, pecar por abstracionismo.

De resto, somente uma atitude abstrata pode justificar o juízo, mais que severo, sumário, que Giuliano dá em relação a [Hans] Kelsen (a quem dedica um capítulo inteiro), ou seja, à doutrina mais importante e, sinto muito, mas aqui nos encontramos numa

encruzilhada, mais rigorosa que a ciência jurídica tenha até agora expressado: juízo sobre o qual não considero ter que me prolongar, porque o meu dissenso se revela, pode-se dizer, a cada página, até porque me parece, francamente, que exista na crítica da doutrina pura, por parte de Giuliano, não apenas incompreensão, mas também tomada de partido.

Naturalmente, poderia replicar que a denúncia da presença de um elemento ideológico nas doutrinas destes juristas acaba por puxar a sardinha para o prato do nosso autor mais que para o dos seus críticos. As doutrinas com tomadas de posição ético-políticas são viciadas, influenciadas pelas ideologias dominantes? *Ergo*, poderia se objetar, não são científicas. Tem razão, portanto, quem as condena, e não aquele que tenta justificá-las historicamente: a justificação histórica que coloca o dedo sobre o condicionamento ideológico deles é exatamente a sua condenação mais clamorosa. A menos que eu tenha boas razões para acreditar que não exista quem queira avançar em uma objeção símile, porque, sabe-se que, no campo das ciências morais, a eliminação total de uma escolha ideológica pelo pesquisador não é possível, e, se fosse possível, não seria desejável.

Se devessem considerar científicas apenas as obras históricas ou sociológicas que não têm em sua base nenhum juízo de valor e são exclusivamente produto puro e límpido de uma pesquisa objetiva e indiferente aos valores, temo que obras científicas, neste sentido de “imaculabilidade” ideológica, não encontraríamos nenhuma em nosso caminho. Não teríamos nem mesmo a satisfação de poder considerar assim nem mesmo a excelente obra que estamos examinando. Não sei até que ponto o autor está consciente disso (mas Giuliano é muito empenhado em coisas que vão além do estudo sobre o direito para não ter consciência disso); o certo é que a sua obra é fortemente impregnada de atitudes ideológicas. Mesmo assim, não tenho nenhuma razão no mundo para considerá-la menos científica por isto (aliás, tenho várias outras para considerá-la não menos científica que qualquer outra obra ideologicamente desbotada, e, por ementa, muito mais interessante). Leiam-se as últimas páginas: Giuliano defende o internacionalismo, o que implica na manutenção do ordenamento internacional como produto da sociedade de Estados soberanos e independentes, contra o cosmopolitismo, dentro do qual inclui todas as doutrinas que tendem a reformar o atual ordenamento internacional a imagem e semelhança de outros ordenamentos considerados como mais perfeitos. Internacionalismo e cosmopolitismo são, sem possibilidade de equívocos, duas ideologias: e se Giuliano quer nos fazer conhecer, para coroamento de sua obra, qual das duas ideologias ele acolhe, por

qual dos dois campos em luta ele tomou partido, é muito provavelmente porque se dá conta que uma pesquisa voltada para o estudo “deste mundo dos homens” não empenhada naquilo que toca no coração dos homens viria a faltar em vigor e nervo.

A este ponto, poderia intervir o próprio Giuliano e me fazer considerar que não é verdade que o seu livro defenda uma certa tese científica partindo de uma avaliação ético-política que escapa a qualquer demonstração científica; mas que, ao contrário, abraçou um certo programa ético-político porque este, e somente este, é fundado sobre uma pesquisa objetiva, empiricamente conduzida, em uma palavra “científica” do fenômeno jurídico. Resumindo, ele poderia não se negar a admitir que a sua pesquisa também seja ideológica, mas pretender que apenas a sua ideologia seja uma ideologia cientificamente justificada. Aqui a discussão se torna necessariamente mais sutil. Como se viu, as proposições científicas (isto é, retiradas de um exame da experiência livre de preconceitos), na obra de Giuliano, são essencialmente estas duas: o direito internacional é direito próprio e verdadeiro; o direito é o produto da sociedade. Ora, do fato que o ordenamento internacional é um ordenamento jurídico, não vejo como a ideologia internacionalista possa descender, vale dizer, a tese de que é um bem que as relações internacionais sejam reguladas pelo direito internacional: as duas alternativas, que o direito internacional deva ser conservado com as suas características de ordenamento paritário ou deva ser transformado em um novo ordenamento de base hierárquica, são, partindo da juridicidade do direito internacional, igualmente possíveis. Mas isso significa que a escolha de uma mais que da outra é determinada por motivos que não se retiram da proposição científica dada, mas, aliás, a pressupõem. Parece-me, a este propósito, um pouco delicada a acusação que Giuliano coloca às doutrinas inovadoras, de ter proposto um problema de crítica e de desenvolvimento do direito internacional *não em termos rigorosamente internacionalistas* (p. 320). Deve-se apenas perguntar: e por que não deveriam fazê-lo? Existem razões objetivas, científicas, que impedem de colocar o problema de uma reforma do direito internacional? E se este problema se coloca, isto é, se se considera que seja bom transformar o atual ordenamento internacional em um ordenamento diferente daquele internacional, não é perfeitamente lógico colocar o problema do desenvolvimento deste direito não em termos internacionalistas? Se se devesse passar como boa a reprovação de Giuliano, não vejo como se poderia justificar o progresso social e jurídico das sociedades tribais à Organização das Nações Unidas? Imaginem um jurista protestar contra a passagem da tribo ao Estado porque na passagem deveriam ter posto os problemas de

transformação do ordenamento tribal não em termos de direito tribal? Aqui Giuliano erra em considerar como devida a erro de raciocínio uma solução que tem como único erro ser ideologicamente diferente da sua (evidentemente para poder jogar-lhe em cima a acusação alarmante de ser uma doutrina não científica ou, como ele mesmo a chama, “tendenciosa”). Por trás do trabalho intenso que tende a colocar os problemas do direito internacional não em termos internacionalistas está o juízo de valor: “É bom que o direito internacional seja transformado”; assim como por trás da reprovação de Giuliano que não se deve expor os problemas do direito internacional em termos que não sejam internacionalistas, está um juízo de valor diverso: “É bom que o direito internacional não seja transformado”.

Mas aqui parece que acuda Giuliano a sua outra proposição científica: o direito é o produto, a superestrutura da sociedade. Certamente desta proposição é logicamente correto retirar o princípio de que nenhuma reforma do direito é capaz de reformar a sociedade, e que as transformações do direito não são, na realidade, mais que o reflexo tardio (frequentemente muito lento) das transformações da sociedade. Se existe algum jurista puro que contemple transformar a sociedade, propondo novas constituições regionais ou mundiais, Giuliano tem perfeitamente razão de atacá-los. (Por mais que, para dizer a verdade, os federalistas não sejam assim “abstratos” como Giuliano os representa: as ideias federalistas, agrade ou não aos partidários do *status quo*, da soberania absoluta, do direito internacional como direito paritário, etc., são fundadas sobre a observação dos fatos, isto é, sobre a constatação que aconteceram, nos últimos cinquenta anos, mudanças técnicas, sociais, psicológicas de vasta proporção que faz considerar anacrônica uma sociedade fundada sobre o respeito da soberania absoluta.) Mas, admitindo que da proposição aceita por Giuliano derive logicamente o princípio de que, para reformar o direito é necessário reformar a sociedade. O que não se vê é como se possa derivar da mesma proposição o juízo de valor: “A sociedade deve ser reformada e deve ser reformada em um modo mais que em outro”. Mesmo assim, é justamente este juízo de valor não dedutível dos fatos observados que está na base da atitude internacionalista contra a cosmopolita.

Acrescento que as propostas de reforma formuladas por Giuliano não me parecem totalmente “científicas” (isto é, fundadas rigorosamente sobre a experiência). Aliás, tenho a inquietante suspeita de que sejam muito mais utópicas que as dos adversários, acusados, repetidamente, de abstracionismo, de arbitrariedade, de artificialismo e até mesmo de tendenciosidade. Para salvaguardar a paz, ele escreve, não existe nada a mudar no

ordenamento jurídico internacional, porque a paz depende exclusivamente da vontade dos Estados e basta que o direito internacional, como tal, não impeça a colaboração entre os Estados. Portanto, o que importa não é mudar o regime jurídico dentro do qual se desenvolveu, até agora, a colaboração dos Estados, mas promover uma decisiva orientação em direção à paz da política dos Estados. A orientação em direção à paz, explica Giuliano, não é de fato impedido pelo atual ordenamento internacional enquanto tal, mas unicamente pela organização interna de muitos Estados. Assim, para progredir em direção ao alcance da paz, não é necessário reformar a organização internacional. Basta transformar o regime interno dos Estados (ou, ao menos, de uma parte destes). Muito bem. Mas pergunta-se: o que diria Giuliano se eu lhe dissesse que para alcançar a paz social dentro de um Estado não é necessário transformar a estrutura social e jurídica do Estado, mas apenas renovar por dentro o homem, de modo que seja sempre mais dotado de espírito de colaboração em relação aos seus semelhantes? Conheço bastante o amigo Giuliano para prever que me responderia (com razão): “você é um moralista e um utopista”. Mesmo assim, o raciocínio que ele faz a propósito do direito internacional é da mesma espécie. Esperar a paz não da limitação da soberania absoluta, mas da boa vontade dos Estados é como aguardar a resolução dos conflitos econômicos não da reforma da propriedade “absoluta”, que é própria do regime capitalista, mas da boa vontade dos proprietários. Um internacionalista sabe melhor que qualquer outro que a guerra, que é do ponto de vista humano, um evento terrível, do ponto de vista da ciência jurídica, é, ao invés, um fenômeno normal e inevitável, próprio dos ordenamentos jurídicos paritários. Em um ordenamento paritário, entre sujeitos que “*superiorem non recognoscunt*” [não se reconhece superior], a guerra é simplesmente um dos modos, o mais resolutivo e, portanto, também o mais atraente, de resolver um conflito de interesse. O fenômeno da guerra está estritamente conectado ao fenômeno do direito internacional, e será, portanto, inextirpável até quando o ordenamento internacional será um ordenamento paritário. Não há porque se escandalizar. O cientista não se escandaliza, constata os fatos. Os fatos são estes: soberania absoluta e guerra são dois fatos concomitantes. Diante destes fatos, uns, os cosmopolitas, como os chama o nosso autor, não sem um acento sarcástico, propõem a reforma do ordenamento paritário. Giuliano, ao contrário, segue outro caminho: a guerra é o modo com o qual os Estados resolvem os seus conflitos? Pois bem: não há necessidade de se abolir a guerra, basta abolir os conflitos. Das duas posições, cabe ao leitor julgar qual das duas seja mais utópica. (Prescindindo da questão se verdadeiramente a transformação interna dos regimes seja tal para

garantir para o futuro o desaparecimento de qualquer conflito entre os Estado soberanos. Eu não colocaria minha mão sobre o fogo.) Quanto ao raciocínio com o qual Giuliano considera poder demonstrar a incoerência dos adversários, lá onde sustenta que ou a aspiração à paz é real e basta, portanto, a boa vontade dos Estados, ou tal aspiração não existe e então tanto menos será possível transformar a atual postura internacional, porque não se vê qual força poderia promover as reformas necessárias. Tenho a suspeita que se se aceitasse por bem, acabar-se-ia por justificar o mais insolente conservadorismo e por inclinar-se na mais resoluta apologia da absoluta imobilidade. Quero dizer que se, para mudar de postura se devesse aguardar a boa disposição de todos, mesmo daqueles que, da nova postura deveriam sofrer as desvantagens, os homens seriam ainda as “bestas” de que fala Vico.

A nosso ver, portanto, a pesquisa de Giuliano não é imune a pressupostos de ordem ideológica. Mas é por isso, talvez, uma obra não plenamente científica? A esta nova pergunta respondo sem hesitação que uma obra pode muito bem ser científica por toda a parte que é pesquisa, isto é, observação da realidade e reconstrução em um discurso rigoroso e coerente destas observações, mesmo se depois a direção, os limites e os objetivos da pesquisa sejam claramente influenciados por algumas avaliações de natureza ético-política, e mesmo se estas pesquisas sejam utilizadas sobre um plano normativo, ou seja, para estabelecer normas para a ação individual e coletiva. Aliás, acrescento que seria um estudioso muito medíocre (falo de um estudioso no campo das ciências históricas) aquele que implantasse uma pesquisa sem ter um programa mínimo de ação e sem se preocupar de fato que programa de ação exista para sustentar a própria pesquisa.

Mas, reconhecido a Giuliano o direito de considerar científica a própria pesquisa, resta ver se se pode igualmente reconhecer o direito, do qual ele faz grande uso, de não considerar como científicas as pesquisas dos outros. A razão pela qual Giuliano acusa as doutrinas positivistas de não ter valor científico, é de se buscar no fato que estas teriam partido de um conceito apriorístico do direito (o direito como comando) e teriam pretendido, em base a este conceito, julgar a realidade jurídica do direito internacional. Não me parece que o conceito do direito como comando, o qual deriva da observação de um fenômeno de tal vastidão como o ordenamento estatal, seja um conceito apriorístico, do momento em que é deduzido de dados postulados por intuição, mas é retirado da observação empírica. Ao máximo se pode dizer que é um conceito impróprio, porque não

leva em consideração um fenômeno jurídico tão relevante como é o do direito internacional. Por mais que se deva acrescentar imediatamente, para ser mais equânime do que foi o nosso autor, que os juristas criticados por ele não é que não tenham negligenciado o direito internacional ou não o tenham entendido; mas apenas, partindo da identificação do direito com o direito do estatual, foram obrigados a considerá-lo como um direito primitivo ou atenuado, ou porvir, ou imperfeito, etc. Nisto não vejo o que tenham feito estes prezados senhores de menos científico. Teriam feito uma obra não científica, penso eu, definindo-se o direito em termos imperativos e de coação, depois, teriam considerado, contra qualquer relutância empírica (e neste caso sim, portanto, em modo completamente apriorístico), o direito internacional como direito à mesma maneira do direito estatual. Trata-se, naturalmente, de se entender sobre o significado de ciência. Mas se por ciência se entende, antes de tudo, o emprego rigorosamente coerente de conceitos retirados da experiência, os estatualistas também fizeram ciência. Construíram uma ciência, acrescentamos nós, mais indulgente, que teve o seu tempo: eis tudo. (Talvez ousáramos dizer que um físico do século passado não fez ciência porque a lei descoberta por ele não é mais acolhida pelos físicos de hoje?) Teve o seu tempo por muitas razões (independente deles), pelas quais, por exemplo, a impositação de Giuliano sobre o problema do direito parece agora justamente preferível; preferível, entre outras coisas, por motivos que não são todos e exclusivamente científicos. De um ponto de vista rigorosamente científico é difícil dar uma absoluta preferência à teoria estatualista mais que à institucional. Empiricamente constato simplesmente isto: que existem dois ordenamentos normativos diversos, um hierárquico e um paritário. Posso chamar os dois ordenamentos com dois nomes diversos (é o caso de [John] Austin, de resto, certamente isolado e sobre o qual não vale a pena, portanto, deter-se até fazer dele um fundador, quando não se tem em conta [Augusto] Thon, o maior porta-voz do imperativismo, que também é explicitamente pluralista). Posso, ao invés, chamá-los pelo mesmo nome, ou seja, chamá-los a ambos “ordenamentos jurídicos”. Mas, então, dado que os dois ordenamentos têm características diversas, são dois os casos: ou chamo “direito” o direito estatual e então serei obrigado a chamar o direito internacional “direito atenuado”; ou chamo “direito” sem outras ementas o direito internacional, e então sou obrigado a chamar o direito estatual “direito reforçado”. Mas de qualquer parte que eu comece, de um conceito restrito do direito ou de um conceito mais amplo (e todos os dois pressupostos são empiricamente fundados), o importante é que destaque a diferença entre um e outro e não os confunda em uma identidade ambígua. Só

que, seguindo Giuliano, se estabeleço a diferença me colocando do ponto de vista do direito internacional, essa é legítima. Se, ao invés, estabeleço a diferença partindo do ponto de vista do direito estatal, não só não é legítima, mas os seus partidários são tendenciosos. Esta pretensão é admissível? O meu escrúpulo científico deve me guiar certamente no estabelecer as regras de uso da palavra direito e ao usar a palavra de maneira conforme às regras postas, mas não pode absolutamente me impor de modo peremptório sobre qual dos dois pressupostos eu deva partir, se do ordenamento estatal ou do internacional. Para me decidir sobre esta escolha, concorrem critérios, em sentido amplo, de oportunidade, entre os quais tem muito peso, por mais que possa parecer muito banal recordá-lo, o fato que eu seja um estudioso de direito estatal ou então de direito internacional. O Giuliano internacionalista partiu do direito internacional. É um ponto de partida que permite, sem dúvida, uma maior abertura sobre o fenômeno jurídico. Mas não autoriza ainda a reprovar aqueles que tomaram – entre outras coisas, em circunstâncias históricas diversas que têm o seu peso – o ponto de vista oposto, de anticientificidade e até mesmo de tendenciosidade, isto é, a criar uma polêmica que por ser áspera demais acaba por se tornar suspeita e por confirmar a impressão de que motivos ideológicos não sejam estranhos à disputa.

Quanto ao problema da definição do direito, limito-me aqui a observar que a definição da norma jurídica como juízo atributivo de um valor jurídico a certos comportamentos sociais é tautológica. Em que consiste o valor jurídico? Em que se diferencia do valor moral, religioso, etc.? Evidentemente, Giuliano quer dizer que um comportamento não é jurídico só pelo fato de ser regulado por uma norma jurídica, mas o é por uma configuração sua que compete à norma não colocar em ser, mas apenas atribuir. Mas Giuliano, sobre este ponto, não se detém em explicações ulteriores. É perigosa, portanto, toda interpretação que corre o risco de ser arbitrária e ainda mais uma crítica que seria completamente assentada no vazio. Infelizmente, justamente sobre este conceito não bem definido de valor jurídico, Giuliano coloca a tese mais arriscada do livro, segundo o qual, como dito no princípio desta nota, a função do direito não é a de garantir a ordem de uma determinada sociedade. Até quando nosso autor não disser claramente que coisa entende por valor jurídico, será difícil compreender que coisa queira dizer com a função do direito não é a de produzir uma certa ordem social, mas unicamente refletir *em termos de valor jurídico* uma ordem social substancialmente já alcançada na concretude da vida e da história. O que nos parece entendido é algo que certamente Giuliano não pensou e que evidentemente vai mais além do seu pensamento: ou seja, que o direito... não serve para

nada. Se o direito não serve para estabelecer e para conservar a ordem em uma determinada sociedade e se a ordem se forma espontaneamente, qual a necessidade do direito? O que é o valor jurídico se não é um valor de ordem? Estamos dispostos a admitir que o direito não seja a expressão de um valor de justiça (*summum ius summa iniuria* [o máximo direito é a máxima injustiça]). Mas, se não é nem mesmo um valor de ordem, qual é o seu valor? Ainda mais drasticamente, tem o direito ainda algum valor?

É por isso que sobre esta tese, dada a sua novidade, ao qual não corresponde, a meu ver, uma adequada argumentação demonstrativa, é difícil formular um juízo em âmbito científico. Parece-me mais fácil, ao invés, fazer uma ideia do seu significado ideológico, o que permite, se não outra coisa, não condenar sem réplica, mas sim justificar e, em prática, continuar, portanto, o diálogo. Sem dúvida que a rejeição de reconhecer ao direito a tarefa de estabelecer a ordem em uma sociedade, obedece ao propósito de “minimizar” o fenômeno jurídico (em polêmica com todos aqueles que o teriam superestimado). Não se entende bem a que sirva o direito assim reduzido. Mas se entende muito bem, ao contrário, a que serve a Giuliano tal subestimação do direito. Serve a dois objetivos. Primeiro, a retirar toda dúvida sobre a juridicidade do direito internacional. Em relação aos céticos petulantes que, diante do aparente espetáculo de anarquia oferecido pela comunidade internacional, perguntam: “Mas que espécie de direito é este que não impede às grandes potências de impor continuamente o peso da sua força?”; Giuliano, com base na sua concepção da função do direito, tem rapidamente a resposta pronta: “O direito não serve para estabelecer a ordem. Por que deveria servir para isto o direito internacional?”. Segundo: que a função do direito não seja a de estabelecer a ordem, serve a Giuliano para validar a sua ideologia pacifista. Como vimos, a paz, segundo Giuliano, depende não da reforma do direito internacional, mas da política pacífica dos Estados. A quem, preocupado com as infrações fáceis das normas internacionais feitas pelos Estados, coloque em discussão a questão de um reforço deste direito, Giuliano pode responder tranquilamente: “Vocês procuram em vão obter do direito aquilo que o direito não pode dar. A função do direito não é a de estabelecer a paz, se a paz não está já na vontade dos homens”.

Naturalmente, resta se perguntar o que os homens pediram ao direito, ao longo dos séculos da sua história, que não seja o estabelecimento da paz e da ordem, e que coisa possam pedir-lhe, uma vez que seja vedado a eles pedir-lhe ordem e paz. Limitamo-nos a formular este dilema: ou consideramos verdadeiramente que os Estados possam, após sua

transformação interna, exprimir uma permanente e indefectível vontade pacífica, e então não será mais necessário o direito; ou admitimos que exista um direito internacional, e então devemos atribuir-lhe uma função qualquer. Se não queremos atribuir-lhe aquela de estabelecer a ordem e a paz, devemos dizer claramente qual valor este tenha ainda para nós, caso contrário, não podemos nos abster de reprovar por continuar a falar de uma instituição da qual não sabemos justificar a existência. Giuliano acusou tantos juristas de ter desvalorizado o direito internacional. Mas a maior desvalorização não é justamente esta a nós apresentada pelo mesmo Giuliano?