

Sumário

Nota dos tradutores.....	9
Glossário	11
Apresentação da edição brasileira – <i>Rüdiger Voigt</i>	13
Prefácio	33
I. Cinco corolários como introdução	35
1. O direito como unidade de ordenação e localização	37
2. O direito das gentes pré-global.....	47
3. Observações sobre o direito das gentes da Idade Média cristã	53
• A <i>Respublica Christiana</i> como ordem espacial.....	54
• O império cristão como detentor [<i>kat-echon</i>]	57
• Império, cesarismo, tirania.....	61
4. Sobre o significado da palavra <i>nomos</i>	65
• <i>Nomos</i> e lei	66
• O <i>nomos</i> como senhor [<i>Herrscher</i>]	72
• <i>Nomos</i> em Homero	76
• O <i>nomos</i> como evento fundamental que divide o espaço	78
5. A tomada de terra como evento constituinte do direito das gentes.....	79
II. A tomada da terra em um novo mundo	85
1. As primeiras linhas globais: da <i>raya</i> , passando pela <i>amity line</i> , até a linha do hemisfério ocidental	87
2. A justificação da tomada da terra em um novo mundo (Francisco de Vitoria)	103
3. Títulos jurídicos legais da tomada da terra em um novo mundo (descobrimento e ocupação).....	131
• A nova ordem territorial “Estado”.....	132
• Ocupação e descobrimento como títulos jurídicos da tomada de terra	136
• A ciência jurídica diante da tomada de um novo mundo, em especial Grotius e Pufendorf.....	140

III. O <i>jus publicum europæum</i>	147
1. O Estado como entidade portadora de uma nova ordem espacial da Terra, interestatal e eurocêntrica	149
• A superação da guerra civil pela guerra em forma estatal	149
• A guerra como relação entre pessoas igualmente soberanas	153
• A ordem espacial abrangente	157
• A doutrina do Estado de Hegel e a doutrina da guerra de Rousseau	159
2. Transformação das guerras medievais (cruzadas ou faidas) em guerras não discriminatórias entre Estados (de Ayala a Vattel) ...	161
• Balthazar Ayala.....	162
• Dúvida sobre a guerra justa.....	164
• Alberico Gentili.....	168
• Grotius em relação ao problema da guerra justa.....	170
• Richard Zouch	173
• Pufendorf, Bynkershoek, Vattel	175
• O inimigo injusto de Kant	179
3. A liberdade dos mares.....	182
• Duas ordens espaciais: terra firme e mar livre	183
• É o mar livre <i>res nullius</i> ou <i>res omnium</i> ?	186
• A passagem da Inglaterra para uma existência marítima	188
• A centenária guerra dos livros.....	190
• Da liberdade elementar à liberdade ordenada dos mares	193
4. Alterações territoriais.....	196
• Transformações territoriais fora e dentro de uma ordem espacial do direito das gentes	197
• Alterações territoriais dentro do <i>jus publicum europæum</i>	202
• Sucessão de Estados no <i>jus publicum europæum</i> (em caso de tomada definitiva de terra)	205
• <i>Occupatio bellica</i> no <i>jus publicum europæum</i> (tomada de posse provisória).....	214
5. Observações sobre possibilidades e elementos do direito das gentes não relacionados com o Estado	225

IV. A questão de um novo <i>nomos</i> da Terra	229
1. A última tomada de terra conjunta da Europa: a Conferência do Congo, 1885	231
2. A dissolução do <i>jus publicum europæum</i> (1890-1918)	244
3. A Liga de Genebra e o problema da ordem espacial da Terra	258
4. Mudança de significado da guerra.....	278
• O Tratado de Versalhes, 1919 / Os crimes de guerra no sentido antigo (artigo 228 do Tratado de Versalhes) / Guilherme II como criminoso de guerra / O artigo do Tratado de Versalhes sobre a responsabilidade da guerra	279
• A tentativa de criminalizar a guerra de agressão no Protocolo de Genebra (1924) / A origem do Protocolo de Genebra (2 de outubro de 1924) / O conteúdo do Protocolo de Genebra / O fato típico do novo crime: ato de agressão, guerra de agressão, guerra injusta	290
5. O hemisfério ocidental.....	303
6. Mudança de significado do reconhecimento no âmbito do direito das gentes	319
• O dilema entre intervenção e isolamento.....	319
• A problemática do reconhecimento de rebeldes (elaborada a partir do exemplo da Guerra de Secessão)	323
• Mudança de significado do reconhecimento de um governo estrangeiro.....	330
7. A guerra com os modernos meios de aniquilação	336
• A imagem espacial do teatro de guerra separado em terra e mar	336
• Mudança da imagem do espaço nos teatros de guerra.....	341
• Mudança do espaço de guerra.....	344
• O problema da guerra justa.....	350

Prefácio

Este livro, fruto sem reservas de árduas experiências, eu o deposito no altar da ciência do direito, uma ciência a que servi por mais de quarenta anos. Não posso prever quem irá apoderar-se de minha oferenda, se será um homem de pensamento ou um homem de capacidade prática, se será um demolidor e exterminador que viola e desrespeita o estatuto do asilo. Os destinos de um livro não estão nas mãos do autor, tampouco seu destino pessoal, apenso àqueles.

Por seu objeto, o livro poderia portar como mote dois versos de Goethe, de julho de 1812:

Das Kleinliche ist alles weggeronnen,
nur Meer und Erde haben hier Gewicht.

[Afastada completamente a miudeza,
só mar e terra têm, aqui, peso.]

Pois se trata aqui de terra firme e de mar livre, de tomada da terra e de tomada do mar, de ordenação e de localização. Mas, por melhor que fosse o mote, ele conteria, mesmo assim, um perigo. Ambos os versos desviavam o olhar para muito longe do tema do direito das gentes e o fixam em uma consideração geográfico-naturalista-científica ou mitológico-elementar. Isso não faria justiça aos fundamentos conceituais propriamente jurídicos, arduamente trabalhados neste livro. Sou muito grato aos geógrafos, sobretudo a Mackinder. Porém, o pensamento jurídico é completamente diferente da geografia. Os juristas não adquiriram da geografia seu conhecimento de coisa e solo, de realidade e territorialidade. O conceito de tomada do mar foi cunhado por um jurista e não por um cientista geopolítico. No que se refere à consciência de si dos juristas, concordo com Camilo Barcia Trelles, um importante teórico do atual direito das gentes, que tratou igualmente o tema “terra e mar”.

Na história do direito, a vinculação com as fontes míticas do saber continua a ser muito mais profunda do que com a geografia. Elas nos foram abertas por Johann Jakob Bachofen, sem esquecer as muitas contribuições do genial Jules Michelet. Bachofen é o legítimo herdeiro de Savigny. Ele desenvolveu e tornou infinitamente frutífero aquilo que o fundador da escola histórica do direito entendeu por historicidade. Isso

é algo distinto de arqueologia e museu. Trata-se da questão existencial da ciência do direito, que será esmagada entre teologia e técnica se não afirmar o solo de sua própria existência [*Dasein*] em uma historicidade, corretamente reconhecida e tornada produtiva.

Com isso, a questão da exposição [*Darstellung*] torna-se um problema particularmente difícil. Pudores e obstáculos de todo tipo fazem parte da nossa situação atual. Até mesmo para um crítico desavisado não será difícil descobrir carências bibliográficas e outras carências. Além disso, resguardei-me de toda atualidade e me detive em muitos pontos para não ficar sob falsa suspeita. Todos os especialistas reclamam da confusão babilônica da linguagem de nosso tempo, da crueza da luta ideológica, da decomposição e até do envenenamento dos conceitos correntes e usuais em nossa esfera pública. Nesse contexto, nada resta a fazer senão lançar a vista sobre o material avassalador, expor os novos pensamentos de forma precisa, evitar discussões inúteis e não frustrar a magnitude do tema. Ambos, o tema mesmo e sua situação atual, são imponentes.

Em nossos dias, a ordem do direito das gentes centrada na Europa, que vigorou até agora, está desmoronando. Com ela afunda o antigo *nomos* da Terra. Ele surgiu a partir do descobrimento, fabuloso e inesperado, de um Novo Mundo, um acontecimento histórico irrepetível. Uma nova ocorrência desse tipo em nossos dias só pode ser imaginada em paralelos fantásticos, se homens a caminho da Lua descobrissem um planeta até então desconhecido que pudesse ser livremente explorado e usado para o desafogo dos conflitos na Terra. A questão de um novo *nomos* da Terra não pode ser respondida com tais fantasias. Tampouco será solucionada por meio de novas invenções de caráter técnico-científico. O pensamento do homem precisa se dirigir novamente à ordem elementar de sua existência terrestre. Nós buscamos o reino de sentido da Terra. Eis o risco deste livro e o dever do nosso ofício.

Aos pacíficos foi prometido o reino da Terra. Somente a eles também se descortinará o pensamento de um novo *nomos* da Terra.

Verão de 1950

I.
**Cinco corolários
como introdução**

1. O direito como unidade de ordenação e localização^{*}

A *terra*^{**} é denominada, na linguagem mítica, a mãe do direito. Isso aponta para uma tripla raiz do direito e da justiça.

Em primeiro lugar, a terra fecunda abriga em si, no seio de sua fecundidade, uma medida interna, pois a fadiga e o trabalho, as sementes e o cultivo que o homem dedica à terra fecunda são retribuídos de forma justa por meio do florescimento e da colheita. Todo camponês conhece a medida interna dessa justiça.

Em segundo lugar, o solo, lavrado e trabalhado pelo homem, exhibe linhas fixas, nas quais determinadas partições se tornam manifestas. Elas são sulcadas e inscritas por meio de demarcações nos campos, prados e bosques. Na diversidade das campinas e planícies, dos afolhamentos e pousios, são implantadas e inseminadas. Nessas linhas, tornam-se reconhecíveis as medidas e as regras do cultivo por meio das quais se realiza o trabalho do homem sobre a terra.

Finalmente, em terceiro lugar, a terra porta, em seu chão firme, sebes e cercados [*Einhegungen*],^{***} marcos, muros, casas e outras construções

* “Ordenação” e “localização” traduzem, aqui, os substantivos alemães “*Ordnung*” e “*Ortung*”. De uma maneira geral, ao longo do texto, *Ordnung* será vertido por “ordem”, que é a tradução mais óbvia do termo alemão para a língua portuguesa. Optamos, porém, nas ocasiões do texto em que a palavra aparece associada a *Ortung*, traduzi-la por “ordenação”. A escolha se deve a duas razões básicas. Em primeiro lugar, para tentar recuperar, na língua portuguesa, algo das semelhanças fonéticas que Schmitt explora no alemão. Em segundo lugar, para ressaltar a ideia de que *Ordnung*, no livro, terá frequente o significado de “ato de ordenar”, e “*Ortung*”, o sentido de “ato de localizar”. [N.T.]

** No original, *Erde*. Esse substantivo pode designar tanto terra no sentido de solo quanto o planeta Terra. Carl Schmitt, em geral, usa *Erde* para referir-se ao planeta e *Land* para designar a superfície ou espaço terrestre. Assim, optamos por traduzir *Erde* por Terra e *Land* por terra. Nesses parágrafos iniciais, no entanto, o contexto da discussão sugere que Schmitt usa *Erde* no sentido de solo terrestre, razão pela qual adotamos terra (em minúscula) como tradução. [N.T.]

*** *Hegung* é um conceito central do livro *O nomos da Terra*. Trata-se, contudo, de um neologismo, pois a palavra não existe na língua alemã. O substantivo *Hegung*

que tornam evidentes as ordenações e localizações da convivência humana. Família, clã, tribo e estamento, tipos de propriedade e de vizinhança, bem como formas de poder e de dominação tornam-se publicamente visíveis.

A terra, portanto, está triplamente ligada ao direito. Ela o abriga em si como recompensa do trabalho; ela o exhibe em si como limite fixo; ela o porta sobre si como sinal público de ordem. O direito é terrestre e está referido à terra. É isso que tem em mente o poeta quando fala da terra plenamente justa e diz: *justissima tellus* [terra justíssima].*

O *mar* não conhece essa unidade clara entre espaço e direito, entre ordenação e localização. Com efeito, as riquezas do mar – peixes, pérolas e outras coisas – são obtidas pelos homens através de árduo trabalho, mas não segundo uma medida interna de semeadura e colheita, como os frutos do solo terrestre. No mar, tampouco campos podem ser semeados e linhas fixas, gravadas. Os navios que atravessam o mar não deixam atrás de si qualquer rastro: “Sobre as ondas tudo é onda.” O mar não tem um caráter, no sentido originário da palavra caráter, que vem do grego *charassein*: inscrever, insculpir, imprimir. O mar é livre. De acordo com o moderno direito das gentes, isso significa que o mar não é um território estatal e deve estar igualmente aberto a todos, em três campos muito diferentes da atividade humana: a pesca, a navegação pacífica e o fazer

é derivado do verbo *hegen*, que significa cuidar, tratar, criar (referido a animais e plantas); zelar cuidadosamente por alguma coisa ou alguém. Originalmente, a palavra também está associada às ideias de cercar, de rodear com uma cerca (cf. *Duden. Deutsches Universal Wörterbuch*. Mannheim / Leipzig / Viena / Zurique: Dudenverlag, 1996, p. 678). A noção, como se verá, desempenha um importante papel na análise de Schmitt sobre a ordem internacional do *jus publicum europæum*. Ele utiliza *Hegung* – e, menos frequentemente, o substantivo *Einhegung*, o verbo *umhegen* e o adjetivo dele derivado *umheget* – para designar o ato pelo qual a guerra e a belicosidade vêm a ser restringidas e, em alguma medida, domesticadas, sem que isso implique sua eliminação. Ambos os substantivos, *Hegung* e *Einhegung*, serão traduzidos por “circunscrição”, no esforço de recuperar algo dos sentidos presentes na origem da palavra, ou seja, a ideia de um ato pelo qual alguma coisa é contida (no sentido concomitante de abrangida e restringida) dentro dos limites de um cercado, de uma demarcação circular. Nas situações em que a palavra for usada com um sentido mais concreto, como é o caso do trecho acima, optamos traduzir *Hegung* por “cercado”. [N.T.]

* Trata-se de uma citação do livro II das *Geórgicas* de Virgílio. [N.T.]

a guerra. É isso, ao menos, que se pode ler nos manuais do direito das gentes. Pode-se facilmente imaginar o significado prático desse igual direito ao livre uso do mar quando ocorre uma colisão espacial, como, por exemplo, quando o direito à livre pesca ou o direito de um neutro à navegação pacífica choca-se com o direito ao livre fazer a guerra de uma forte potência marítima. A mesma superfície do mar, igualmente livre para as três coisas, deve tornar-se, ao mesmo tempo, palco e campo de atividade tanto do trabalho pacífico como da ação bélica em uma guerra marítima moderna. Desse modo, pode o pescador pacífico pescar pacificamente no mesmo lugar em que a potência marítima beligerante pode pôr suas minas, e o neutro pode livremente navegar ali, onde os beligerantes podem se aniquilar reciprocamente com minas, submarinos e aviões.

Isso já se refere, porém, a uma situação moderna e complexa. Originalmente, antes da fundação dos grandes impérios marítimos, o princípio da liberdade dos mares significava uma coisa bem simples: o mar era um campo livre para a pilhagem. O salteador dos mares, o pirata, podia praticar seu ofício perverso em boa consciência. Se tivesse sorte, encontraria em um rico butim o prêmio para o risco de navegar pelo mar livre afora. A palavra pirata vem do grego *peiran*, ou seja, pôr à prova, experimentar, arriscar. Nenhum herói de Homero teria se envergonhado de ser filho de um desses audaciosos piratas que punham a sorte à prova. Pois no mar aberto não havia cercados [*Hegungen*], fronteiras, lugares consagrados, localizações sagradas, direito ou propriedade. Muitos povos mantiveram-se nas montanhas, bem afastados dos litorais, e jamais perderam o velho e piedoso temor em face do mar. Na quarta écloga, Virgílio profetizou que, na época feliz por vir, não mais haveria navegação marítima. E mesmo em um livro da nossa fé cristã, o Apocalipse de São João, lemos, a respeito da nova Terra purificada do pecado, que nela não haverá mais um mar: ἡ θάλασσα οὐκ ἔστιν ἔτι.* Muitos juristas de povos terrestres também conhecem esse temor em face do mar. Ele ainda pode ser reconhecido em autores espanhóis e portugueses do século XVI. Alciato, um célebre jurista e humanista italiano dessa época, diz que a pirataria é um crime com circunstâncias atenuantes: “*Pirata minus delinquit, quia in*

* A referência é ao Apocalipse 21, 1: “Vi então um novo céu e uma nova terra – pois o primeiro céu e a primeira terra se foram, e o mar já não existe.” Conforme a Bíblia de Jerusalém. [N.T.]

mari delinquit” [o pirata comete menor falta, pois a comete no mar]. No mar não vige nenhuma lei.

Somente quando surgiram os grandes impérios marítimos – ou, conforme a expressão grega, as talassocracias – produziram-se segurança e ordem também no mar. Os perturbadores da ordem assim criada foram degradados à condição de criminosos comuns. Os senhores dos impérios marítimos declararam que o pirata era *hostis generis humani*, inimigo do gênero humano, proscrito e expulso, excluído do direito e da paz. Essas extensões do direito para o espaço do mar livre têm um significado revolucionário na história mundial. Vamos designá-las como tomadas de mar. Os assírios, os cretenses, os gregos, os cartagineses e os romanos no Mediterrâneo, os hanseáticos no Báltico, os ingleses nos mares mundiais “tomaram o mar” desse modo. *The sea must be kept*, “o mar deve ser tomado”, diz um autor inglês.¹ As tomadas de mar, porém, só se tornaram possíveis em um estágio tardio dos meios humanos de poder e da consciência humana do espaço.

Os grandes atos originários [*Ur-Akte*] do direito, ao contrário, continuam a ser localizações vinculadas à terra. Trata-se de tomadas de terra, de fundações de cidades e de estabelecimentos de colônias. Em uma definição medieval da *Etymologia* de Isidoro de Sevilha, que foi acolhida na primeira parte do famoso *Decretum* de Graciano (cerca de 1150), a essência do direito das gentes é indicada de forma muito concreta: “*Jus gentium est sedium occupatio, ædificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, fœdera pacis, induciæ, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita.*” Isso quer dizer, literalmente: “O direito das gentes é tomada de terra, construção de cidades e fortificação, guerras, cativeiro, servidão, regresso do cativeiro, alianças e tratados de paz, armistício, imunidade dos emissários e interdições de matrimônio com estrangeiros.” A tomada de terra está em primeiro lugar. Não se fala aqui de mar. No *Corpus juris justiniani* (por exemplo, *Dig., De verborum significatione*, 118) encontram-se definições semelhantes, nas quais se fala da guerra, da diversidade dos povos, dos impérios, de demarcações e, acima de tudo, do comércio e do tráfico (*commercium*) como a essência do direito das gentes. Valeria a pena comparar os elementos individuais dessas definições e considerá-los do ponto de vista

¹ Fulton, *The Sovereignty of the Sea*. Londres, 1911.