

RELAÇÕES JURIDICAS INTERNACIONAES
DE CARACTER PRIVADO

(Lições de direito internacional de 1906-1907)

PRELIMINARES

CAPITULO I

Formação historica da sociedade dos estados e do direito internacional ¹

SUMMARIO : — 1. A sociedade internacional: sua genese historica, extensão objectiva e geographica e forma geral de organização. — 2. Meio sociologico do desinvolvimento da sociedade internacional: condições determinantes do seu apparecimento. — 3. *Processus* da evolução da sociedade internacional: tendencias geraes. — 4. Direito regulador da sociedade internacional: seu conceito e sua função geral. — 5. Elementos integradores do direito internacional: sua elaboração historica e progressiva coordenação. — 6. O direito internacional na sua elaboração scientifica. Correntes doutrinaes que têm presidido a essa elaboração. — 7. Systemas doutrinaes historicos ácerca da situação do estado dentro da sociedade internacional. Conclusões.

1. Na sua evolução progressiva, apparece a humanidade sob a forma de grupos sociaes mais ou menos extensos cujos

¹ DE GREEF, *Introduction à la sociologie*, tom. 1, pagg. 74 e segg.; F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, tom. 1, pagg. 32 e segg.; PILLET, *Le droit international public*, na *Revue générale du droit international public*, tom. 1, pagg. 2 e segg.; RIVIER, *Principes du droit des gens*, tom. 1, pagg. 7 e segg.; NYS, *Les origines du droit international*, In-

elementos se encontram ligados por nexos naturaes ou historicos, occupam um territorio determinado e vivem sob a direcção dum governo commum. A humanidade constituiu-se assim em nações politicamente organizadas em estados.

A criação evolutiva de comunidades politicas foi continuada pela approximação progressiva dessas comunidades, até se constituir uma *sociedade dos estados*, quando o incremento da civilização tornou constante a mutualidade das suas relações, determinou entre elles uma certa communhão de existencia e interesses e os conduziu a exercer em commum uma actividade sempre maior para a realização plena da sua missão social.

roduccão, — *Études de droit international et de droit politique*, tom. I, pag. 3 e segg. e tom. II, pagg. 1 e segg., — *La notion et le rôle de l'Europe en droit international*, na *Revue de droit international et législation comparée*, 1903, pagg. 57 e segg. e 111 e segg., — *Quelques définitions du droit international*, na mesma *Revista*, 1903, pagg. 286 e segg. — e *Le droit international*, tom. I, 1904, pagg. 1 e segg. e 217 e segg.; MERIGNIAC, *Traité de droit public international*, 1.^e partie, Paris, 1905, pagg. 5 e segg.; BONFILS, *Manuel de droit international public*, 4.^e éd., Paris, 1905, pagg. 2 e segg.; DESPAGNET, *Cours de droit international public*, 3.^e éd., Paris, 1905, pagg. 1 e segg.; HOLTZENDORF, *Droit des gens*, Introduction, pagg. 6 e 151 e segg.; WHEATON, *Histoire des progrès du droit des gens*; WEIS, *Traité de droit internationale privé*, tom. II, pagg. 7 e segg. — e *La paix et l'enseignement pacifiste*, pagg. 45 e segg.; PIÉDELIÈVRE, *Précis de droit international public*, tom. I, pagg. 2 e segg.; JITA, *La methode du droit international privé*, Haye, 1890, pagg. 14 e segg.; FERRARI, *La sociologia e il diritto internazionale*, Bergamo, 1896; CAVAGLIERI, *I limiti della comunità giuridica internazionale*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXXVI, 1903, pagg. 190 e segg.; BIGLIATI, *Diritto internazionale e diritto costituzionale*, vol. I, 1904, pagg. 295 e segg.; LOMONACO, *Tratato di diritto internazionale publico*, Napoli, 1905, pagg. 44 e segg.; CATELLANI, *Il diritto internazionale privato*, tom. I, pagg. 12 e segg.; LAWRENCE, *Principles of international law*, pagg. 1 e segg. e 26 e segg.; WESTLAKE, *Internationale law*, Part I, pagg. 1 e segg., etc.

Esta nova forma de associação humana, denominada geralmente *communidade* ou *sociedade internacional* e que foi um producto superior e uma das grandes e bemfazejas revelações do genio europeu, constitue uma realidade sociologica firmemente demonstrada pelos factos, como de modo expresso o reconhece o eminente DE GREEF. «O grande corpo social, internacional e intercontinental, assim escreve o insigne sociologo, cujo desinvolvimento prosegue dia a dia, não é uma criação artificial do espirito; é uma realidade. Tanto sob o ponto de vista inorganico e physico, como sob o ponto de vista ~~in~~organico e psichico, como sob o ponto de vista economico, moral, scientifico, juridico e politico, as suas diversas partes estão numa coordenação cada vez mais estreita e esta coordenação verdadeiramente vital é a característica de todo o organismo ¹».

O desinvolvimento da civilização tornou normaes e necessarias as relações dos individuos das differentes nações para a mutua compensação das differenças resultantes da diversidade dos productos da natureza e da intelligencia humana segundo a divergencia dos meios geologicos, ethnicos e historicos e creou natural e progressivamente entre esses individuos uma intensa reciprocidade de interesses que exigia logicamente o patrocínio tambem reciproco dos estados de que os mesmos individuos eram subditos.

Sobre as relações naturaes dos individuos formaram-se assim as relações naturaes dos povos, pois aos estados impendia o dever de, no exercicio da sua missão, proteger e defender os interesses e os direitos dos seus nacionaes nas suas progressivas manifestações, e o cumprimento desse dever fê-los ver a necessidade reciproca de exercerem pacificamente

¹ *Ob. cit.*, pag. 77.

a acção commum necessaria á realização dos interesses e do exercicio dos direitos dos seus subditos. «Todo o governo, diz PILLET, seja qual for o seu nome e a sua forma, tem os mesmos deveres a cumprir para com os seus subditos. Quando estes se relacionam pelo commercio internacional, os seus soberanos são arrastados pela força das coisas a exercer conjunctamente estes deveres analogos; é o que constitue as diversas nações em communiidade internacional»¹.

Foi, pois, a missão social do estado que conduziu á formação da communiidade internacional. Porque aos differentes estados civilizados impendia o dever analogo de proteger os seus nacionaes ainda fóra do proprio país e de assegurar efficazmente os seus direitos e interesses no seio dos demais estados, as respectivas funcções tornaram-se communs, a acção internacional tornou-se reciproca e constante e dahi nasceu historicamente a sociedade das communiidades politicas.

A esphera d'acção objectiva da sociedade internacional abrange todas as relações em que a civilização tem conjugado e vae conjugando progressivamente a actividade reciproca dos estados e dos individuos de differentes nações. Todos os interesses, economicos, moraes, scientificos, juridicos e politicos, cuja satisfação presuppõe a assistencia mutua dos estados, entram no campo da sociedade internacional. A acção desta effectua-se no dominio de todas as funcções cujo exercicio ultrapassa as fronteiras dos povos e em cujo modo de ser actua a vida internanional².

Quanto á sua esphera de acção geographica, a sociedade internacional, que é um producto do genio europeu, ainda hoje

¹ *Ob. cit.*, pagg. 4 e 5.

² DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 274 e segg.

abrange quasi exclusivamente os povos de civilização europeia, pois só entre elles existe a homogeneidade de concepções e de condições sociaes indispensavel ao principio de reciprocidade em que assenta a communitade de vida internacional. As divergencias de civilização que separam os povos de civilização europeia dos povos de differente civilização, embora não tenham obstado a que entre uns e outros se estabeleçam relações mais ou menos regulares, tẽem-se, comtudo, opposto a que os approxime um laço de solidariedade bastante intenso para os constituir a todos em sociedade internacional. É todavia certo que esta sociedade não está fechada aos povos de civilização não europeia e que elles ahi podem entrar desde que as suas condições de organização e vida social dêem garantias de que os mesmos povos se sujeitam ás exigencias da sociedade dos estados e não representam um elemento perturbador da organização internacional. Foi assim que pelo tratado de Paris de 30 de março de 1856, embora de modo incompleto, as potencias admittiram a Túrquia a participar do concerto europeu e que, em data recente (1899), mas de modo completo, o Japão passou a fazer parte da communitade internacional.

A fórma actual da sociedade internacional é a duma associação livre de estados eguaes e independentes, unidos pela solidariedade das suas tendencias e dos seus interesses, baseada no inteiro respeito da situação de cada povo. Cada nação entra na sociedade internacional com os seus interesses distinctos, com as suas ideias juridicas, com as suas opiniões moraes e com todos os elementos que caracterizam a sua individualidade. Conserva ahi a sua independencia e coopera na vida geral dos povos com as energias caracteristicas do seu modo de ser social¹. A situação dos estados dentro da sociedade internacio-

¹ Auct. e ob. cit., pagg. 267 e 273.

nal é assim a sua *interdependencia*, isto é, a egualdade na reciprocidade de relações, situação a que foi dada a designação expressiva de *autonomia na solidariedade*. Não existe na ordem internacional um poder central superior que coordene as unidades nacionaes e as dirija coactivamente, prendendo apenas os estados um *vinculo de contractualidade*, um laço de *livre e mutua subordinação*, determinada pela communiidade da sua existencia e interesses e regulada pelos principios juridicos sentidos como necessarios pela consciencia geral do mundo civilizado e constituídos pelo consenso expresso ou tacito das nações.

2. A communiidade internacional, emquanto representa a approximação dos povos na realização pacifica duma actividade commum, derivou da coordenação de duas tendencias características que se têm interinfluenciado de modo diverso na historia da civilização: a *tendencia nacional*, que manifesta os interesses particulares dum estado, e a *tendencia universalista*, que traduz os interesses superiores da humanidade. Só quando estas tendencias puderam equilibrar-se de modo que, salva a integridade e a independencia dos estados, se estabelecessem efficazmente entre elles relações mutuas e constantes, a sociedade das nações foi uma realidade historica.

Semelhante estado de equilibrio foi pela vez primeira realizado pelos povos da Europa e numa epoca relativamente recente. Só nos fins da idade media começa a dominar os espiritos como ideia e a esboçar-se nos factos como tendencia uma communiidade internacional formada pelos povos christãos e só em meados do seculo xvii, com a paz de Westphalia, se constitue regularmente a sociedade dos estados e se fixam as bases do direito disciplinador da sua organização e do seu funcionamento. Até então preponderara a força nacional ou por um pronunciado *isolamento* dos povos ou pela tendencia

para *absorver* numa unidade politica *universal* os estados existentes.

A primeira forma de preponderancia da tendencia nacional revela-se frisantemente na antiguidade oriental e na antiguidade classica até á Republica romana. Durante este longo periodo todos os povos se isolam mais ou menos dos outros povos e procuram dar á sua vida interior uma organização social e politica que esteja ao abrigo de toda a acção estranha. Tudo se faz nacional, a religião, o direito, a communiidade das coisas divinas e humanas, segundo o expressivo dizer de JITRA, e reina soberano o principio de que *os estados não têm, como taes, direitos e deveres reciprocos*.

Assim, na velha India, os estrangeiros eram considerados como seres impuros com os quaes não podia existir communião de especie alguma. As leis sagradas de Manú prohibiam todas as relações com os estrangeiros e os indios attribuiam-se, como raça pura e privilegiada, a missão de purificar todas as regiões, destruindo as outras raças, e o supremo direito de dispor da terra e da vida dos homens¹.

Não era fundamentalmente diferente o sentir e o proceder dos outros povos orientaes. Egypcios, phenicios, judeus, persas e chinas, todos se consideravam como os unicos representantes da divindade sobre a terra e como taes se isolavam na sua superioridade. Assim, as mais antigas leis egypcias prohibiam as viagens, não permittiam a introduccão de qualquer uso estranho, nem reconheciam a hospitalidade², e o povo hebreu era o povo eleito, ao qual Moysés disse no Deuteronomio: *Te elegit Dominus, ut sis ei populus peculiaris de cunctis*

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 47 e segg.; FIORE, *Trattato de diritto internazionale publico*, tom. I, pagg. 3 e segg.

² DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pag. 50.

populis, qui sunt super terram, accrescentando-lhe que combatesse sempre com segurança, pois que Deus estava com elle: Non quia cunctas gentes numero vincebatis, vobis junctus est Dominus...¹.

Ora, raças eleitas, podem isolar-se para se não mancharem ou combater e destruir para dominar e purificar, mas não congregar-se com outras raças numa communhão de instituições e de direitos.

O Oriente representa, portanto, uma expressão vigorosa da força particularista nacional, que anima a autonomia dos estados e se traduz no isolamento dos povos e até no principio da hostilidade reciproca.

19 Todavia, já no Oriente, se bem que prepondera a tendencia nacional, começa a delinear-se, embora fragmentaria e levemente, um esboço das relações que haviam de conduzir á aproximação internacional. A alliança temporaria entre os povos da mesma origem para uma defesa commum, como por vezes succedia na India, as relações diplomaticas entre estados e povos da mesma raça e cultura bem como o reconhecimento reciproco de direitos aos subditos desses estados, como acontecia na velha China enquanto este país revestia a forma dum imperio federativo, a hospitalidade prescripta pelas leis dalguns povos como meio de protecção dos estrangeiros, a obrigação de sepultar os mortos no campo de batalha, como era prescripta pela *Biblia*, a pratica do commercio, da navegação e da colonização, como a seguida pelos phenicios, a celebração de tratados entre povos vizinhos ou para fazer a paz ou para regular interesses, como foi o celebrado entre Ramsés II ou Sesostris e o principe dos Chetas para pôr termo á guerra da Syria, etc., mostram que sobre o isolamento geral

¹ *Deuter.* (VII, 6, 8).

ia actuando uma força nova, cujo valor o futuro viria revelar cada vez melhor¹. Era uma feliz inconsequencia, como nota DE MARTENS, diante das ideis de isolamento das sociedades orientaes, que representava a primeira manifestação da força universalista que produziu no espirito dos povos a tendencia para as relações pacificas. E a approximação dos povos indús e chineses era o primeiro signal de que a homogeneidade de condições sociaes é elemento indispensavel á regularidade das relações internacionaes.

O regimen de relações exteriores esboçado no Oriente mantém-se, nas suas linhas geraes, na antiguidade hellenica.

Nas relações das cidades gregas com os povos de differente raça, prepondera o isolamento e o desconhecimento de qualquer reciprocidade de direitos e obrigações. Os estrangeiros eram considerados barbaros e os barbaros eram, no dizer de ARISTOTELES, destinados pela natureza para escravos dos gregos. Porisso, a pirataria, o latrocinio e a guerra, tudo era legitimo nas relações com os estrangeiros. Dos gregos disse TITO LIVIO: — «cum alienigenis, cum barbaris, aeternum omnibus Graecis bellum est²», e escreveu MONTÊSQUIEU: «Les Grecs étaient nés pirates³».

Todavia, a colonização e o commercio dos gregos determinaram relações pacificas ainda com os povos *barbaros*, e os mesmos factos juntos á communidade de origem, semelhança de religião e nivel relativamente elevado da civilização, produziram a approximação das cidades hellenicas, crearam entre ellas multiplices relações e deram logar ao apparecimento de

¹ HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 154 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. 1, pagg. 44 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pag. 10.

² *Historia*, liv. 31, cap. 29.

³ *Esprit des lois*, liv. 21, cap. 7.

instituições que hoje entram na esphera do direito internacional. Havia como que uma communitate hellenica, uma *lei commum* dos gregos, segundo a expressão de THUCYDIDES, cujas revelações principaes eram :

a) a concessão, por cada uma das cidades, de direitos mais ou menos extensos aos individuos doutras cidades, como : a *atelía*, liberdade aduaneira ; a *asylía*, garantia dos bens e das pessoas em caso de conflicto entre dois estados ; a *isopolítia*, egualdade juridica e politica ;

b) a inviolabilidade dos embaixadores e enviados internacionais ;

c) a existencia de tratados em que se regulavam relações mutuas e por vezes se estabelecia o recurso á arbitragem para a resolução de conflictos ;

d) a *proxenía*, instituição segundo a qual os individuos duma cidade tomavam sob a sua protecção os individuos doutras cidades, podendo os *proxénes* (protectores) ser designados ou pela auctoridade do seu país ou pela do país do estrangeiro protegido ;

e) as *amphyctionias*, congressos formados de representantes das cidades gregas e destinados a tratar negocios de interesse commum.

A *communitate hellenica* não chegou, porém, a ser uma verdadeira *communitate juridica* baseada no reconhecimento da reciprocidade de direitos e obrigações entre os povos gregos. Os laços de aproximação entre estes povos, baseados principalmente em tratados, eram facil e frequentemente inutilizados pelas guerras, as *amphyctionias* tinham um caracter fundamentalmente religioso e a conquista da hegemonia era a preocupação e a ambição constante das cidades hellenicas, o que mostra que os factos apontados são um documento de que um grau relativamente elevado de civilização e uma certa homogeneidade de condições sociaes é a verdadeira base das

relações internacionaes e de que o isolamento dos povos é uma situação transitoria e inconsistente, mas não revelam ainda a consciencia dum direito coordenador das communi-
dades politicas.

Deve, porém, dizer-se que deste direito teve a intuição a Grecia intellectual e philosophica, formulando a ideia dum direito geral que, assegurando a autonomia de cada estado, garantisse os interesses geraes de todos, o que por certo não havia de ser indifferente á realização posterior do direito internacional como direito regulador da sociedade dos estados.

Na antiguidade romana prepondera a tendencia nacional, mas em graus diversos e sob formas differentes.

A Roma primitiva nenhuma communhão de vida admittia, como principio, com os estrangeiros. O estrangeiro era um *hostis* e *adversus hostem aeterna auctoritatas esto*, segundo frisante expressão com que as XII Taboas negavam aos estrangeiros toda a especie de direitos. O estrangeiro era um *inimigo* e a guerra era a forma logica das relações dos romanos com os outros povos. E assim como os vencidos na guerra podiam ser reduzidos a escravos, assim tambem o estrangeiro que viesse a Roma tinha em perigo a sua liberdade.

O principio do isolamento foi-se, porém, attenuando progressivamente, á medida que o desenvolvimento da vida social tornava inevitaveis as relações com os estrangeiros e a fortuna militar dos romanos ia alargando o seu dominio.

Os estrangeiros puderam entrar com segurança no estado romano, já por meios de character singular, já por meios de character colectivo. Os primeiros foram a *clientela* e o *hospitium privatum*; os segundos foram os *tratados*.

Pela *clientela* protegiam os cidadãos romanos os estrangeiros que a elles se ligavam pelo *jus applicationis*, laço de subordinação semelhante ao do patronato. Pelo *hospitium* obrigavam-se

mutuamente os romanos e os estrangeiros a proteger-se nas suas cidades.

Estes meios eram, porem, embaraçosos e insufficientes para relacionar pacificamente os romanos com os estrangeiros. Dahi a necessidade de meios amplos e simples, que creassem uma protecção collectiva para todos os membros duma cidade. Semelhantes meios foram os tratados, que revestiram, principalmente, as fórmulas de *hospitium publicum* e *foedus*.

Pelo *hospitium* concediam os romanos os direitos de hospede publico, ou a uma categoria de individuos, ou a todos os habitantes duma cidade, direitos que consistiam na hospitalidade gratuita, na participação no culto da cidade e no *ius commercii*.

Todavia o *hospitium*, porque era principalmente um meio de recompensar serviços e portanto um meio pouco proprio para regular as relações das cidades entre si, desempenhou um papel secundario nas relações internacionaes dos romanos, occupando o *foedus* o lugar mais importante.

O *foedus* era o tratado celebrado entre Roma e outra cidade, ou com a fórmula de tratado de amizade, ou de paz e amizade, para a garantia reciproca das pessoas e dos interesses dos seus habitantes, ou sob a fórmula de tratado de alliança (*foedus sociale*), em que, além daquella clausula, appareciam obrigações bellicas para ambas as partes.

Estes tratados ainda podiam involver egualdade de encargos para as duas partes (*foedus aequum*), ou estabelecer a dependencia duma dellas (*foedus iniquum*).

O *foedus aequum* foi usado antes da conquista do Lacio pelos romanos e por isso antes de estes adquirirem superioridade sobre os povos vizinhos, tornando-se depois sempre *iniquum* de facto, embora conservasse por vezes o nome de *aequum*.

Por meio dos tratados obtiveram os estrangeiros protecção

juridica em Roma, ou sendo mais ou menos equiparados aos cidadãos, como acontecia com os latinos, ou obtendo garantias juridicas consagradas num direito especial, o *jus gentium*, e a protecção de magistrados proprios encarregados de defender os seus interesses, os *pretores peregrinos*, creados em 512 de Roma.

Além destes, outros factos, como a inviolabilidade dos enviados internacionaes e a instituição do collegio dos *Feciaes*, sacerdotes por muito tempo encarregados de apreciar a justiça da guerra, declará-la formalmente nos prazos competentes e consagrar por cerimoniaes religiosas os pactos e os tratados que preveniam ou punham fim ás hostilidades, guardando e cumprindo um conjuncto de preceitos que constituíam o *jus feciale*, ao qual alguns escriptores dão o nome de direito internacional dos romanos, revelam que Roma se desviava do isolamento e tinha um certo respeito pelos demais estados.

Comtudo, o conjuncto dos factos apontados, interpretados em face das tendencias de engrandecimento e supremacia que dominaram a politica romana, longe de significarem a expressão dum verdadeiro direito internacional, traduzem antes um processo de *romanização*, que revestiu, sempre que as circunstancias o permittiram, o caracter *pacífico* da assimilação, para apenas ser violenta quando os povos rivaes offerciam resistencia.

Assim, o *jus applicationis* é uma subordinação, o *hospitium privatum* representa a reciprocidade de favores, o *hospitium publicum* é mais que tudo uma concessão e um privilegio, o *foedus* só é *aequum* emquanto a cidade não tem condições de superioridade, o *jus gentium* é um direito romano que acompanha as circunstancias e modifica o *jus civile*, o *jus feciale* traduz o caracter formalista e tantas vezes religioso que dominou toda a vida romana, os *Feciaes* eram sacerdotes que exerciam funções de administração publica, cumprindo em

tudo as indicações do senado ou dos consules, com os quaes estiveram sempre de accordo, achando sempre justas as guerras que o povo romano queria emprehender.

E que tudo isto traduz a verdade historica, mostra-o a obra de grandiosa absorpção e unificação politica realizada depois que a batalha de Zama decidiu da hegemonia geral do povo romano e que teve a sua expressão suprema na organização imperial.

Aquelles factos, pois, embora representassem signaes de aproximação entre o povo romano e os demais estados, foram afinal um processo de desinvolvimento do poder romano e constituiram o meio de dar uma nova forma á tendencia nacional, que se concretizou, com o Imperio, na unidade politica do mundo antigo.

Com o imperio dos Persas encerrara o periodo da civilização assyrio-egypcia e o imperio de Alexandre Magno rematara o periodo da civilização hellenica, o imperio Romano fecha o cyclo da civilização latina e com elle apparece um *superior commum*, que domina quasi universalmente e só concede direitos aos que se encontrem sob o seu dominio. O Imperio realiza assim o principio do estado *universal*, que, como realidade ou como aspiração e tendencia, domina a politica geral nas edades historicas posteriores até á constituição da sociedade internacional sobre o principio da egualdade e independencia dos estados.

A Roma imperial foi assim a negação da comunidade internacional, pois quasi tudo estava sob o seu dominio e o que ahi se não encontrava não era reconhecido juridicamente. O Imperio desempenhou, comtudo, uma missão util á constituição da sociedade dos estados. Foi durante elle que se realizou definitivamente a unidade social e politica de todo o estado romano. As velhas differenças entre cidadãos, latinos e pere-

grinos acaba em Antonino Caracalla pela concessão da qualidade de cidadão a todos os subditos do Imperio e este transforma-se numa vasta e poderosa unidade politica dentro da qual se effectiva a approximação dos principaes povos da antiguidade numa grande communitade de civilização, o que contribuiu poderosamente para preparar o grande movimento das relações estabelecidas mais tarde entre as nações que historicamente succederam ao Imperio e que pouco a pouco se constituiram em communitade internacional.

O Imperio, portanto, emquanto *universalizou* a força nacional, *identificando* assim os elementos integradores da communitade internacional, cooperou na formação da homogeneidade de condições em que viria a firmar-se a sociedade dos estados, quando as duas forças nacional e humanitaria, de novo separadas sem se repellirem e approximadas sem se confundirem, se coordenassem numa resultante de reciprocidade de direitos e obrigações entre os estados civilizados.

O Imperio romano desorganiza-se pela invasão dos povos do Norte, ao mesmo tempo que se opera a transição para a idade media, de cuja elaboração, dez vezes secular, nasceram as novas linguas, as novas litteraturas e as novas nacionalidades e com estas as communitades politicas que viriam constituir a sociedade internacional.

Vejamos, pois, com que elementos novos a idade media concorreu para a formação do meio em que appareceu a sociedade dos estados ¹.

No processo historico da idade media cooperaram os tres elementos — romano, christão e germanico, contribuindo cada

¹ CAVAGLIERI, *I diritto fondamentali degli Stati nella società internazionale*, 1906, pagg. 100 e segg.

um delles com uma acção propria para a resultante do progresso europeu.

A antiguidade romana legou á edade media um fundo commum de civilização e com ella um laço de união entre os povos sobre os quaes se havia exercido a sua acção, e legou-lhe a ideia da unidade politica que havia realizado. E esta ideia andava inherente á existencia duma legislação civil geral e commum, o que concorre para explicar a acceitação do direito romano pelos povos europeus como o direito commum da humanidade, e envolvia um principio de ordem e de obediencia.

Revelações claras da influencia da antiguidade numa tradição de unidade politica e soberania universal encontram-se successivamente na edade media. Como a Grecia conquistara os seus conquistadores pela suggestão da arte e pela superioridade da philosophia, assim Roma dominou o espirito das nações, no meio da ruina do seu poder material, pela grandeza do seu direito e da sua politica. A fascinação do poder universal não desapareceu com as invasões, pois que os homens como que sentiam a necessidade da sua existencia constante, e, bem que Roma não fosse a séde do imperio, o imperio romano continuava a existir ¹.

O primeiro momento da sua vida medieval identifica-se com o imperio bysantino e o mundo romano é governado, ao menos de nome, de Constantinopla ².

Quando, porém, as condições historicas fortaleceram a monarchia franca, o centro da unidade imperial desloca-se para o occidente e Carlos Magno é coroado imperador em Roma no anno de 800 pelo papa Leão III com os titulos de *Imperador dos romanos* e de *Augusto*.

¹ JAMES BRYCE, *The holy roman empire*, 1875, pagg. 34 e segg.; BIROT, *Le Saint Empire*, Paris, 1903.

² LAWRENCE, *ob. cit.*, pag. 32.

O imperio de Carlos Magno vae decaindo, mas os factos reveladores duma ideia de soberania universal continuam na affirmação progressiva do Papado e nas tendencias do Imperio germanico ¹.

No meio das circumstancias favoraveis que na idade media se combinaram, alargaram os papas progressivamente a sua influencia, concorrentemente com o desinvolvimento duma theoria do governo do mundo em que a humanidade apparecia como um todo fundado por Deus e monarchicamente governado e segundo a qual a divindade era representada pelo papa e pelo imperador, um chefe espiritual, o outro chefe temporal e militar, por forma a Igreja e o Santo Imperio Romano formarem um só imperio temporal-espiritual para a direcção religiosa e politica dos povos, pela qual, em summa, a Igreja e o Santo Imperio Romano formavam uma instituição unica encarada sob os dois aspectos espiritual e temporal. «Verdadeira dyarchia, escreve BIROT, em que os dois soberanos reinam igualmente em nome do direito divino, investidos duma auctoridade suprema, ainda que differente» ².

A *dyarchia*, tende, porém, a tornar-se monarchia pura, pela pretensão do Papado a dominar o Imperio, acompanhada do desinvolvimento, por alguns theologos e canonistas, da theoria da monarchia universal dos papas, theria de que Gregorio VII, Innocencio III e Bonifacio VIII foram valentes propugnadores, e pela pretensão contraria do Imperio a dominar o Papado com o desinvolvimento, pelos civilistas, fundados nos conceitos do direito romano, do principio da monarchia universal dos imperadores, e, em vez de pacificamente associados, o Papado

¹ NYS, *Les origines du droit international*, pagg. 13 e segg.; LAVISSE, *Histoire générale du IV^e siècle à nos jours*, tom. II, pagg. 68 e segg.

² *Ob. cit.*, pag. XIII.

e o Imperio envolvem-se numa lucta accesa de resistencia e de competencia para o governo do mundo, lucta que teve a sua expressão historica na *Questão das investiduras* e no conflicto entre *Guelfos e Gibelinos*.

Embora intensa e duradoira, foi contudo a lucta entre o Sacerdocio e o Imperio impotente para a realização quer da tentativa da monarchia universal dos papas, quer da tentativa da monarchia universal dos imperadores. Os papas tiveram de recuar diante da resistencia da raça heroica dos Hohenstaufen, de modo que, quando foi executado o ultimo representante desta gloriosa familia, a resistencia tinha sido bastante longa para ainda ser possivel tentar o estabelecimento da monarchia papal, definitivamente reduzida a uma tradição doutrinal pelo schisma grego e pela heresia protestante, que limitaram o catholicismo a uma esphera de acção relativamente deminuta. O Imperio, abalado, primeiro, pela *heresia temporal* do feudalismo e enfraquecido, depois, pelo *schisma politico* das nacionalidades¹ com a constituição de estados bastantemente fortes para não reconhecerem a superioridade do imperador, reduziu-se afinal á soberania dum estado particular.

Todavia, ou partindo de Constantinopla, ou identificando-se com a monarchia franca de Carlos Magno, ou apparecendo na dyarchia espiritual-temporal antes do rompimento entre o Sacerdocio e o Imperio, ou mantendo-se nas pretensões encontradas da monarchia universal dos papas e da monarchia universal dos imperadores, a tendencia para a unidade politica universal (vivendo embora mais na esphera das discussões e das dissertações do que no campo da realidade historica) enche toda a edade media, dominando os espiritos a ideia dum superior commum que dictasse a lei a todo o mundo.

¹ BIROT, *ob. cit.*, pag. xv.

O christianismo actuou na vida medieval com a sua doutrina e com a sua organização numa Igreja.

A doutrina era a unidade do genero humano, a egualdade de todos os povos, a moral da caridade e um completo cosmopolitismo contraposto ao antigo exclusivismo das religiões nacionaes, tudo adequado para produzir laços de solidariedade e de *sympathia* social, que veio potencializar o movimento da christandade contra o islamismo nas cruzadas, tanto do occidente como do oriente, ás quaes deram aos povos catholicos a consciencia da sua unidade moral, approximando-os uns dos outros e preparando assim as relações futuras; a Igreja era uma grande sociedade com instituições proprias para exercer uma acção constante e com uma hierarchia definida para tornar essa acção energica e ordenada.

Ora, com a sua doutrina e com a sua organização exerceu o christianismo uma poderosa acção moral no meio das manifestações da força material que se affirmou na sociedade medieval, e concorreu para humanizar os costumes sociaes, cooperando, por exemplo pela *tregua de Deus* (uma especie de tratado de paz que prohibia aos povos christãos praticarem actos de hostilidade durante periodos determinados) na abolição das guerras privadas e interpondo a sua acção entre os estados para os conduzir á condição normal da paz. Na idade media é o papa o pacificador por excellencia e um arbitro das contendas entre os povos.

Uma acção moral unificadora, eis, pois, o concurso do christianismo para a approximação dos estados catholicos.

O elemento germanico, concorrendo para o desinvolvimento de feudalismo, favoreceu a affirmação da ideia do poder territorial soberano e por ella a formação de communidades politicas independentes que constituiriam a sociedade dos estados. Em verdade, sobre a base da soberania territorial, a evolução

politica, reduzindo pouco e pouco as multiplices soberanias locais, foi creando as nacionalidades e preparando a formação dos modernos estados europeus, as grandes individualidades do direito internacional.

A idade media collabora, portanto, na formação do meio em que se desenvolveria a comunidade internacional com: a) a semelhança de condições sociais herdada da civilização romana e ampliada pelo christianismo numa grande solidariedade dos povos europeus, que, pelo seu desenvolvimento intellectual e economico, reciprocamente se influenciaram e relacionaram; b) a conservação da ideia da monarchia universal revelada nas tendencias do imperio e nas aspirações do papado; c) e a decidida tendencia para a constituição de unidades nacionais homogeneas com um poder unico e firme e com uma justiça organizada.

A semelhança de condições sociais representava a homogeneidade de civilização em que deve assentar um regimen subsistente de relações internacionaes e a solidariedade dos povos europeus constituia um meio evidente da sua aproximação pacifica; as tendencias para a monarchia universal, exerceram uma influencia bemfazeja emquanto alimentaram a ideia duma intima aproximação de todos os povos; a constituição de unidades nacionaes soberanas e convenientemente organizadas determinou a virtualidade da organização da sociedade internacional quando ellas entrassem em relações regulares e se dirigissem por principios juridicos communs.

Esta virtualidade vae realizar-se mercê dos acontecimentos por que se opera a transição da meia idade para a idade moderna.

Os novos estados constituem-se definitivamente, as grandes invenções e as grandes descobertas multiplicam os motivos da sua aproximação, o commercio internacional cria a communhão dos seus interesses, a opinião geral e as obras dos

publicistas vão indicando as vantagens do equilibrio pacifico dos estados independentes e forma-se afinal o conceito da existencia de direitos e deveres reciprocos entre os estados, independentemente da necessidade dum superior commum, dum estado universal, que regule as suas relações.

A realização deste conceito foi auxiliada pela reforma religiosa do seculo xvi e teve a sua fórmula solemne no tratado de Westphalia de 24 de outubro de 1648.

A Reforma abriu uma divergencia profunda entre as nações da Europa, impellindo-as a uma lucta tenaz e duradoura, conhecida na historia pela *guerra dos trinta annos*. Esta guerra, que começou em 1618 e foi a expressão violenta do espirito tradicional que defendia a unidade da Igreja catholica contra o espirito innovador que proclamava a liberdade religiosa e o direito de formar uma communiidade de fieis independente do pontifice romano, acabou pela paz de 1648, estabelecida num tratado que veio fundar sobre novas bases o direito publico da Europa.

Os governos e os soberanos, que tomaram parte na guerra, reconheceram a necessidade de lhe pôr termo por meio dum accordo geral feito em condições que correspondesse á situação e ao espirito dos belligerantes.

A novidade que ainda offerecia na historia das nações europeias uma reunião de representantes dos differentes estados examinando os seus negocios em commum e tomando decisões obrigatorias para todos fez nascer muitas hesitações antes que se assentasse em reunir o congresso de Westphalia para a celebração da paz. Foi porisso que, começando as negociações em 1634, só em 1648 pôde realizar-se definitivamente o congresso e não foi possivel congregar no mesmo logar os plenipotenciarios das differentes nações, reunindo-se os representantes da Suecia, do Imperio da Allemanha e dos estados allemães em Osnabrück e os da França, Roma, etc., em Münster.

Não obstante isso, o congresso ultimou os seus trabalhos e foi dum extraordinario alcance na historia do direito internacional.

Antes de mais, a sua reunião mostra que os estados europeus se compenetraram profundamente da solidariedade dos seus interesses, já que procuraram em commum a formula da sua harmonica combinação.

Depois, as conclusões ahi votadas mostram que os mesmos estados procuraram desviar os obstaculos que se oppunham ao desenvolvimento dumã sociedade internacional de coordenação e lançarem as bases da sua organização.

Os principios fundamentaes admittidos pelo congresso, segundo pode inferir-se das suas resoluções, foram :

a) A egualdade juridica dos estados, a sua reciproca independencia e, portanto, a negação dum poder superior que os dirija.

b) A independência da acção dos estados, na direcção das relações exteriores, da influencia religiosa representada até ahi pela Santa Sé.

c) A equiparação dos estados monarchicos e republicanos nas suas relações exteriores, pois que a Suissa, os Países Baixos e Veneza tratam de igual para igual com os estados monarchicos ¹.

A acceitação do primeiro principio foi a definitiva rejeição da tendencia imperialista herdada de Roma e mantida na idade media. Este principio firmava-se na aspiração dos estados para a sua independencia politica e tornou-se effectivo mediante o systema do equilibrio politico, desenvolvido nos seculos xv e xvi e praticado sob a dupla fórma ou de resistencia commum dos estados contra as potencias que, pela sua

¹ FIORE, *Diritto internazionale codificato*, Appendice 1, pagg. 13 e segg.

grandeza, se tornavam perigosas para a independência dos outros povos, ou de equiponderação das forças políticas, isto é; da sua distribuição por maneira, que nenhum estado pudesse ameaçar a independência ou os direitos dos outros estados, sem encontrar dum ou doutro lado uma resistência eficaz e um perigo para si mesmo.

A acceitação do segundo representou um reconhecimento do schisma e uma primeira *secularização* dos estados nas relações internacionaes. Foi um producto da Reforma e inutilizou a ideia do imperio universal de forma theocratica. Começou a pôr-se de parte o exclusivismo religioso como base necessaria da vida internacional, embora se ficasse ainda dentro do dominio da christandade. Os povos não christãos só muito mais tarde entraram na sociedade internacional.

O terceiro principio, ae mesmo tempo que consagrou o respeito da organização politica de cada estado, conceito hoje corrente no direito internacional, acabou com mais um exclusivismo e tornou possível o alargamento da sociedade dos estados.

Producto final da evolução traduzida pelo tratado de Westphalia foi manifestamente a criação da communitate internacional e a constituição regular do seu direito. É verdade que já anteriormente, e a partir designadamente dos principios do seculo xv, como acima dissemos, a ideia duma communitate internacional formada pelos povos christãos começa a dominar os espiritos, apparecendo para a designar a expressão *res publica christiana*, e que se accentuava visivelmente a tendencia para constituir essa communitate, como bem o mostra a significativa reunião diplomatica de 1435, o congresso de Arras, destinado a celebrar a paz entre o rei de França, dum lado, e o rei de Inglaterra e o duque de Borgonha, do outro, constituida, além dos plenipotenciarios dos principes belligerantes, pelo embaixador do concilio de Basileia, pelo

legado do papa, pelos enviados do Imperador, dos reis de Castella, de Aragão, de Navarra, de Portugal, da Sicilia, de Chypre, da Dinamarca e da Polonia, dos duques de Milão, da Bretanha e de Alençon, da Universidade de Paris e de muitas cidades da França, Borgonha e Países Baixos, e que pode considerar-se, como adverte Nys, como a primeira applicação das conferencias e dos congressos, que foram, na historia diplomatica da Europa, as manifestações mais decisivas da existencia duma sociedade internacional e duma consciencia juridica commum; todavia, a paz de Westphalia deu uma consagração formal á sociedade internacional lentamente estabelecida no solo europeu, sendo com razão que FERRARI diz que devemos saudar aquelle acontecimento como o inicio duma vida nova para a Europa, a qual se encaminhará segura, d'ora em diante, para a meta infallivel da justiça internacional ¹.

É realmente num accordo geral, pois no congresso de Westphalia estavam representados todos os governos importantes, á excepção dos da Inglaterra, da Russia e da Polonia, que os estados se declaram independentes e eguaes em direitos, ao mesmo tempo que reconhecem á solidariedade dos seus interesses. Mas a solidariedade de interesses cria necessariamente a commnidade de funcções, e individualidades juridicas independentes e eguaes só numa sociedade regulada pelo direito podem exercer uma actividade commum.

A sociedade internacional foi assim a consequencia historica das condições formadas no desinvolvimento da civilização europeia. O progresso social creara a necessidade das relações dos povos, a homogeneidade de condições sociaes facilitara essas relações, a segurança indispensavel á vida pacifica do mundo

¹ Nys, *Revue de droit int. et leg. comp.*, 1903, pagg. 111; FERRARI, *La libertà politica e il diritto internazionale*, Torino 1898, pag. 176.

civilizado exigia que as mesmas relações fossem protegidas pela garantia do direito, a evolução política e religiosa contrariara a constituição duma unidade política universal que pudesse organizar devidamente essa garantia e, porisso, só a associação dos estados sobre o principio da egualdade e da reciprocidade de direitos e obrigações podia corresponder ás exigencias do espirito europeu.

3. Verificado o apparecimento da communitate internacional, segue-se naturalmente o problema historico da determinação do *processus* da sua evolução.

Na sua consagração pelo tratado de Westphalia, a sociedade juridica dos estados foi organizada sobre o principio do *equilibrio politico*.

Este principio, seguido no seculo xv na direcção das relações externas dos estados italianos e applicado no seculo xvi na Europa occidental para neutralizar as tendencias para a constituição da monarchia universal, consiste, em geral, em que a independencia e a autonomia de cada nação deve estar ao abrigo de toda a ameaça por parte dos outros povos. A fórma pratica de o realizar tem sido, ora a colligação ou alliança de diferentes estados contra o excessivo engrandecimento duma determinada potencia com perigo para a independencia das outras potencias, ora a equiponderação das forças politicas.

Sob a segunda fórma foi applicado em Westphalia e expressamente formulado no tratado de Utrecht de 1713, que pôs termo á guerra da successão ao throno de Hespanha e onde se declarava que, no interesse do *equilibrio europeu*, a França e a Hespanha nunca poderiam ser reunidas sob o mesmo sceptro; sob a primeira, como já tinha servido para refrear as desmedidas ambições de Carlos V, foi seguido para oppôr resistencia á politica de Luís XIV e para reagir contra

a dominadora tentativa de Napoleão I; e sob uma ou outra fôrma foi invocado em todas as negociações diplomaticas, nas declarações de guerra e na divisão de territorios, dominando a politica internacional dos seculos xvii e xviii e dos principios do seculo xix ¹.

Era o equilibrio politico uma especie de ponderador mechanico para supprir a insufficiencia da vitalidade organica da sociedade internacional. Nem sempre, porém, foi estabelecido com justeza numa epocha em que os interesses dynasticos prevaleciam sobre o bem estar dos povos e foi desculpa para se praticarem grandes violencias politicas. Em nome do equilibrio politico commetteram-se verdadeiras usurpações e á sua sombra se fez a divisão da Polonia, isto é, diz DESPAGNET, «o acto politico mais monstruoso e a negação mais cynica do direito internacional nas relações dos povos civilizados» ². É que a ideia de equilibrio suppõe duas ou mais forças em conflicto e, transportado para o campo das relações internacionaes, representava uma tentativa de conciliação entr o militarismo e a justiça, era o direito firmado na força ³.

Natural era, pois, que se procurasse outro principio para resolver o problema posto desde o congresso de Westphalia — encontrar um meio de coexistencia dos estados tal, que a independencia de cada um ficasse assegurada, mas um principio que fosse organico e não mechanico, fornecesse uma regra suprema para transformar a sociedade dos estados, dum facto, num direito, e fizesse com que o equilibrio politico, de base, se tornasse um producto da organização internacional.

¹ SHIATARELLA, *Propedeutica al diritto internazionale*, pagg. 18 e segg. e 82 e segg.

² *Ob. cit.*, pag. 19.

³ FERRARI, *ob. cit.*, pag. 178.

O principio do equilibrio politico, embora geralmente reconhecido e proclamado até 1814 e ainda applicado em actos internacionaes posteriores, foi já profundamente abalado pela revolução franceza, e, depois da obra de reacção da Santa Alliança, progressivamente substituido por um novo principio de coordenação em que se julgou encontrar a resolução do problema da organização da sociedade internacional.

A revolução franceza propôs-se destruir os abusos do poder arbitrario e absoluto, restituindo ao cidadão os seus direitos politicos e a sua liberdade individual. Foi o seu aspecto nacional. «Mas, diz HOLTZENDORFF, o que caracteriza sobretudo aquella revolução é o lado cosmopolita, o lado humanitario que nella se encontra, sobre tudo nos seus principios. A ideia de justiça, a egualdade de todos os homens perante a lei, a liberdade de consciencia, a abolição da escravatura, em summa, todos os grandes principios que a revolução proclamou e que se tornaram patrimonio commum das nações civilizadas, dão a esta revolução uma importancia capital na historia do direito das gentes ¹». Repercutiram-se, com effeito, largamente os principios da revolução e, mais tarde ou mais cedo, influenciaram a organização social dos povos europeus, contribuindo para, dum modo geral, se affirmarem os direitos dos individuos e das nações.

A revolução pensou, porém, directamente no problema da organização da sociedade internacional e procurou definir os principios reguladores dos direitos e deveres reciprocos dos estados.

As ideias revolucionarias ácerca dos dois problemas ressaltam claramente do projecto de decreto sobre a declaração da guerra apresentada por VOLNEY á Assembleia nacional em

¹ *Éléments*, pag. 26.

maio de 1790, e do projecto de *Declaração do direito das gentes* apresentada por GRÉGOIRE à Convenção em 18 de junho de 1793 e 23 de abril de 1795.

VOLNEY, animado pelo espirito informador daquella epocha grandiosa — «uma fé absoluta no poder elementar da justiça e na ineluctavel necessidade do seu reinado» e dominado pelo alto ideal de paz assim formulado por MIRABEAU — «o Direito é o soberano do mundo e Marte o seu tyranno», propôs que a Assembleia nacional fizesse a seguinte declaração — «A Assembleia nacional declara solemnemente: 1.º que considera a universalidade do genero humano como formando uma só e a mesma sociedade, cujo objectivo é a paz e a felicidade de todos e de cada um dos seus membros; 2.º que, nesta grande sociedade geral, os povos e os estados considerados como individuos gosam dos mesmos direitos naturaes e estão submettidos ás mesmas regras de justiça que os individuos das sociedades particulares e secundarias; 3.º que, por consequencia, nenhum povo tem o direito de invadir a propriedade doutro povo, nem de o privar da sua liberdade e das suas vantagens naturaes; 4.º que toda a guerra que não tenha por motivo e fim a defesa dum direito de justiça, é um acto de oppressão que á grande sociedade importa reprimir, porque a invasão dum estado por outro estado tende a ameaçar a liberdade e a segurança de todos; por estes motivos, a Assembleia nacional decreta como artigo da constituição francesa — que a nação francesa se impõe, desde este momento, a prohibição de emprehender qualquer guerra tendente a augmentar o seu territorio actual»¹. A assembleia approvou fundamentalmente as ideias de VOLNEY, pois que no decreto de 22-27 de maio de 1790 relativo ao direito de fazer a paz e a guerra apparece

¹ NYS, *Études*, pag. 361.

esta frisante declaração — «declarando para este effeito a Assembleia nacional que a nação francesa renuncia a emprender qualquer guerra com o fim de conquista e que nunca empregará as suas forças contra a liberdade de nenhum povo», declaração que apparece mais tarde no titulo vi da constituição de 3 de setembro de 1791¹.

GRÉGOIRE, porque a Convenção havia ordenado por decreto de 28 de outubro de 1792 que fosse feito um relatorio sobre os principios das negociações entre os povos e semelhante decreto não tivesse sido executado, procurou preencher a falta daquelle relatorio organizando o seu projecto de *Declaração do direito das gentes* em vinte e um artigos², que apresentou á

¹ Nys, *ob. cit.*, pag. 363.

² 1. Les peuples sont entre eux dans l'état de nature; ils ont pour lien la morale universelle. 2. Les peuples sont respectivement indépendants et souverains, quelque soit le nombre d'individus qui les composent et l'étendue du territoire qu'ils occupent. Cette souveraineté est inaliénable. 3. Un peuple doit agir à l'égard des autres comme il désire qu'on agisse à son égard; ce qu'un homme doit à un homme, un peuple le doit aux autres. 4. Les peuples doivent en paix se faire le plus de bien et en guerre le moins de mal possible. 5. L'intérêt particulier d'un peuple est subordonné à l'intérêt général de la famille humaine. 6. Chaque peuple a le droit de organiser et de changer les formes de son gouvernement. 7. Un peuple n'a pas le droit de se immiscer dans le gouvernement des autres. 8. Il n'y a de gouvernement conforme aux droits des peuples que ceux qui sont fondés sur l'égalité et la liberté. 9. Ce qui est d'un usage inépuisable ou innocent, comme la mer, appartient à tous, et ne peut être la propriété d'aucun peuple. 10. Chaque peuple est maître de son territoire. 11. La possession immémoriale établit le droit de prescription entre les peuples. 12. Un peuple a le droit de refuser l'entrée de son territoire et de renvoyer les étrangers quand sa sureté l'exige. 13. Les étrangers sont soumis aux lois du pays et punissables par elles. 14. Le bannissement pour crime est une violation indirecte du territoire étranger. 15. Les entreprises contre la liberté d'un peuple sont un atten-

8
assembleia convencional em 18 de junho de 1793, por occasião da discussão do capitulo xxv da Constituição de 1793, onde se continham os artigos reguladores das relações da Republica franceza com as nações estrangeiras, renovando a iniciativa do mesmo projecto, ainda perante a Convenção, no dia 23 de abril de 1795. E, embora a Convenção o rejeitasse de ambas as vezes como inoportuno em face da guerra geral em que a França se encontrava involvida, essa rejeição foi por certo occasional e nem por isso o projecto, que fundamentalmente era informado por principios eguaes aos do projecto de declaração de VOLNEY, deixou de traduzir as ideias da revolução ácerca dos principios reguladores das relações internacionaes ¹.

Segundo se deixa ver da sua letra, proclamavam os dois documentos a suprema autonomia dos povos tanto sob o ponto de vista da sua constituição e governo interno como relativamente á direcção das suas relações exteriores. Tinha, pois, a declaração do direito das gentes uma feição individualista, como individualista fôra tambem accentuadamente toda a obra da revolução. O systema internacional devia assentar fundamentalmente sobre a independencia soberana dos estados e

tat contre tous les autres. 16. Les ligues qui ont pour objet une guerre offensive, les traités qui peuvent nuire à l'intérêt d'un peuple, sont un attentat contre la famille humaine. 17. Un peuple peut entreprendre une guerre pour défendre sa souveraineté, sa liberté, sa propriété. 18. Les peuples qui sont en guerre doivent laisser un libre cours aux négociations propres à amener la paix. 19. Les agents publics que les peuples s'envoient sont indépendants des lois du pays où ils sont envoyés, dans tout ce qui concerne l'objet de leur mission. 20. Il n'y a pas de préséance entre les agents publics des nations. 21. Les traités entre les peuples sont sacrés et inviolables. (NYS, *ob. cit.*, pag. 395).

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 20.

sobre o respeito mutuo dos seus direitos. Mas, independentes, soberanos e respeitando-se mutuamente, deviam ainda assim os estados considerar-se como partes dum grande todo, já que «o interesse particular dum povo, dizia o projecto de GRÉGOIRE, está subordinado ao interesse geral da *familia humana*».

A revolução iutroduziu assim no direito internacional a noção de liberdade que havia proclamado para os individuos, vendo a base da organização internacional no principio da mais completa autonomia dos povos e fundando a garantia da paz e da justiça internacional no principio do respeito mutuo dos direitos dos estados e da conveniente subordinação do interesse de cada nação ao interesse geral da humanidade. E a acção dos principios revolucionarios foi indubitavelmente util aos progressos da communiidade internacional e do seu direito regulador, tanto pela affirmação vigorosa da independencia politica das individualidades nacionaes, pois que o respeito dos direitos e dos legitimos interesses dos povos ha de ser fatalmente uma das bases fundamentaes da vida internacional, como pela proclamação do principio de subordinação do interesse de cada povo aos interesses geraes da humanidade, pois só pela coordenação das duas ordens de interesses podem os estados constituir-se em sociedade internacional.

Todavia a lucta, a que a revolução arrastou a propria França, e a politica napoleonica, fizeram esquecer temporariamente os principios proclamados, a Europa atravessou uma convulsão violenta e esses principios ficaram como germens de progresso, que a oportunidade dos factos viria tornar effectivos mais tarde.

A intensa e a extensa lucta em que a revolução e as campanhas de Napoleão I involveram a Europa desorganizou o systema internacional existente, pelo que, depois da celebração da paz, procuraram as potencias, reunidas em congresso, estabelecer as bases sobre que devia repousar o systema europeu.

O congresso reuniu em Vienna, começando as sessões em 13 de novembro de 1814 e acabando pelo acto final de 9 de junho de 1815, e tendo tomado parte nos trabalhos os soberanos da Russia, da Austria e da Prussia e representantes de quasi todos os estados europeus.

Depois de larga discussão, prevaleceu no congresso o principio da *legitimidade* propugnado por Talleyrand, segundo o qual devia ser reconstruido o systema europeu em harmonia com o direito historico vigente antes da revolução franceza.

Semelhante principio orientou então a politica europeia, a qual entrou num caminho verdadeiramente reaccionario, organizando-se uma lucta tenaz contra todas as manifestações revolucionarias. A fórma da organização da lucta foi a *Santa Alliança*, estabelecida em 26 de setembro de 1815 pelos soberanos da Austria, da Prussia e da Russia, a qual contou desde logo com o concurso da Inglaterra e obteve a adhesão de Luís XVIII no anno seguinte.

Os soberanos alliados, que apenas faziam a declaração vaga de que se compromettiam a seguir na sua politica os principios da religião christã, concluíram em 1818 um verdadeiro tratado de aliança perpetua, em que entrou a Inglaterra e a que adheriu a França, e que deu origem á hegemonia das cinco potencias — *Pentarchia* — sobre os negocios da Europa. O programma da nova aliança era salvaguardar os resultados consagrados pelo congresso de Vienna, defender as constituições monarchicas onde quer que ellas fossem compromettidas por um movimento revolucionario, recorrendo, se necessario fosse, á intervenção armada para obter aquelles dois fins.

Subordinava-se assim a sociedade internacional ao *primado e direcção das potencias mais fortes*, o que resrepresentava no fundo a negação do direito internacional, pois se contrariava o principio da independencia e da egualdade dos estados.

A *Pentarchia* usou logicamente da intervenção para abafar

o movimento liberal. A intervenção por ella annunciada foi preparada pelos congressos de Aix-la-Chapelle (1818), Troppau (1820), Laybach (1821) e Verona (1822), e realizada em Napoles, por intermedio da Austria, em 1821, para inutilizar a constituição que o rei daquelle país fôra obrigado a dar ao seu povo, no Piemonte, no mesmo anno e por intermedio da mesma potencia, para reprimir o movimento popular contra o regimen politico vigente, e na Hespanha, por intermedio da França, em 1822, para destruir a constituição votada pelas côrtes revolucionarias e reintegrar Fernando VII na posse do governo absoluto, e assim se ia cumprindo o programma da Santa Alliança.

A politica de intervenção não pôde, porém, evitar o desenvolvimento progressivo das ideias liberaes, antes estimulou o movimento de reacção contra o espirito retrogrado da Santa Alliança, foi pouco e pouco destruido pela successão dos acontecimentos o equilibrio estabelecido em 1815, a base da legitimidade foi substancialmente mudada, emquanto a soberania de direito divino cedeu o passo ao suffragio popular, e o systema internacional passou a assentar em novos fundamentos.

O systema seguido pela Santa Alliança para manter a situação creada pelo congresso de Vienna era demasiadamente artificial e violento para poder sustentar-se.

A força podia deter momentaneamente a marcha dos acontecimentos, mas a enèrgia da evolução havia de romper o obstaculo que lhe estorvava o natural movimento, e se a obra do congresso não estava de accordo côm o modo de ver e pensar geral dos povos, a politica internacional tomaria um rumo differente do que lhe imprimira a Pentarchia e procuraria harmonizar-se com as condições reaes das sociedades. Assim aconteceu. Os factos mostram, com effeito, que o principio da legitimidade foi julgado inconsistente como base do

systema internacional e que a politica europeia, reagindo contra o espirito da Santa Alliança, fez assentar em novos fundamentos o regimen das relações entre os estados.

Já por occasião dos congressos de Troppau e Laybach, que prepararam, por proposta de Meternich, a intervenção em Napoles, a Inglaterra se pronunciara contra a intervenção, declarando que as potencias deviam garantir o *equilibrio territorial* e não a politica interior dos estados da Europa.

No congresso de Verona, que se decidiu pela intervenção em Hespanha e onde Chateaubriand, enviado da França, propôs que se ampliasse o principio da intervenção ás colonias e se prestasse auxilio ao rei de Hespanha para submeter ás colonias americanas, continuou a Inglaterra a manifestar-se contra a politica de intervenção seguida pelas potencias alliadas, e desta vez o seu protesto encontrou eco nos Estados Unidos, onde a 2 de dezembro de 1823, o presidente da republica, Monroë, fez na mensagem de abertura do congresso a celebre declaração que é conhecida pelo nome de *doutrina de Monroë* e em que affirmava que o continente americano tinha chegado a um estado de independencia e liberdade tal, que não podia ser considerado no futuro como susceptivel de qualquer conquista ou colonização por parte das potencias europeias, e que os Estados Unidos considerariam perigosa para a sua paz e segurança toda a intervenção europeia no hemispherio occidental e, porisso, insinuava que aquella republica não toleraria semelhante intervenção, razão por que á referida doutrina se deu a fórmula corrente — *A America pertence aos americanos*. Mas a reacção vae accentuar-se. A Inglaterra manifestara-se contra a intervenção em Napoles e na Hespanha, mas não procurara ainda desinvolver uma acção contraria á das potencias alliadas. Passa, porém, a entrar nesse caminho por iniciativa de Canning, o qual, tendo ido ocupar em 1822 o ministerio dos negocios estrangeiros, reconhece oficialmente em 1825 as

republicas hispano-americanas e intervem em Portugal em 1826 para combater as pretensões de D. Miguel favorecidas pelo governo hespanhol restituído ao absolutismo pela intervenção da França e que, no proprio interesse, pretendia reprimir o movimento liberal em Portugal.

A insurreição da Grecia trouxe um novo abalo ao systema politico da Santa Alliança. A insurreição começou em 1821. A principio as potencias mostraram-se hostis á revolução grega e, porque a conservação e independencia do imperio ottomano eram consideradas necessarias á manutenção do equilibrio europeu, as mesmas potencias inclinavam-se mais em favor do sultão do que em favor dós insurrectos. Todavia, a influencia da opinião publica, desinvolvida principalmente na Inglaterra, levou os governos europeus a tomár o partido dos christãos opprimidos e a exigir á Turquia concessões em favor da Grecia, até que em 1827 a Russia, a Inglaterra e a França decidem intervir pela força para impôr á Porta a autonomia do povo grego, que o sultão afinal teve de accèitar no tratado de paz de Andrinopla de 1829. Ora, a constituição da Grecia em estado autonomo não só faz com que a Inglaterra, a França e a Russia appareçam a intervir para sustentar uma revolução, mas representa a formação dum novo estado e portanto o começo da modificação do systema politico estabelecido na Europa pelo congresso de Vienna.

Mas o movimento torna-se ainda mais extenso. A revolução frãncesa de 1830 dá um golpe profundo no principio da legitimidade, desthronando os Bourbons e proclamando rei a Luís Philippe; a revolução belga do mesmo anno leva ao reconhecimento da independencia da Belgica, realizada pela intervenção e com o reconhecimento das potencias, que assim dividiam o reino dos Países Baixos organizado em 1815; a quadrupla aliança concluida em 1834 entre a França, a Hespanha, a Inglaterra e Portugal propõe-se defender na Península as monarchias

constitucionaes contra os pretendentes legitimistas; a revolução franceza de 1848 proclama a segunda republica; o movimento democratico é imitado em grande parte da Europa, e, embora contrabalançado por uma forte reacção conservadora e absolutista desinvolvida pelos differentes governos entre 1849 e 1859, recobrou, a partir deste anno, a sua acção sobre o espirito geral e fez com que, mediante reformas successivas, o regimen absolutista fosse eliminado da Europa central e se confinasse nos dois imperios de Este, na Russia, sob a fôrma duma monarchia burocratica (hoje *transformada* em monarchia *constitucional* por virtude dum intenso movimento revolucionario começado durante a guerra russo-joponesa e continuado com crescente vigor depois da celebração da paz), e na Turquia, sob a fôrma dum despotismo pessoal, e se tornasse, de regimen geral, uma sobrevivencia.

A par com estes factos accentua-se a tendencia para reconhecer o principio das nacionalidades como base da sociedade internacional e assim se transforma por completo o systema de politica internacional consagrado pelo congresso de Vienna e praticado pela Santa Alliança¹.

Com o predominio das ideias liberaes, que levou a reformar em sentido democratico as instituições sociaes e politicas dos povos europeus e foi a negação formal da theoria politica que a Pentarchia se propusera defender por meio da intervenção, coincide com effeito a affirmação progressiva do principio das nacionalidades; o qual dominou preponderantemente os factos internacionaes no seculo XIX e foi proclamado como a grande base da organização da sociedade dos estados. O principio das nacionalidades, ou *a organização em estados homogeneos das populações que a unidade da raça, de lingua, de*

¹ SEIGNOBOS, *Histoire politique de l'Europe contemporaine*, Paris, 1897.

religião, de tradições, de costumes, de grau de civilização, em summa, a identidade de condições de existencia tem preparado para a communiidade de vida e de consciencia social, liga-se naturalmente ás proclamações da revolução francesa que reconheceu aos povos o direito de disporem dos seus destinos politicos e conseguintemente de se agruparem segundo as affinidades que os approximam. É, porém, na Allemanha que o principio apparece como uma revelação dos factos e só mais tarde recebe a sua primeira fórmula doutrinal. Diante dos ataques de Napoleão I, os estados allemães unem-se e sentem a consciencia da sua nacionalidade commum, e em 1810 M.^{ME} DE STAEL, no seu livro *De l'Allemagne*, exprime o pensamento de que cada estado deve ser composto duma só nação compenetrada do sentimento da sua unidade e de facto *una* na lingua, nos usos e nos costumes. Muitos factos posteriores, como a separação da Grecia da Turquia em 1829, a constituição da Belgica em estado independente em 1830-1831, a tentativa de independencia da dação hungara em 1849, a lucta das populações italicas contra a Austria na mesma epoca, a ultima insurreição polaca em 1863, a unificação definitiva da Italia em 1870, já de facto realizada em 1860, a constituição do imperio allemão e a conquista da Alsacia em 1871, a emancipação das populações balkanicas em 1878, e as tendencias egualmente consideraveis do *pangermanismo*, do *panslavismo* e do *panhellenismo*, võem mostrar que o sentimento ou a ideia da nacionalidade acompanhou ou determinou frequentemente os acontecimentos politicos de character internacional¹, e, concorrentemente, constitue-se o systema doutrinal formulado brilhantemente por

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 81 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 24 e 109 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 40 e segg.; SIOTTO-PINTOR, *L'idéale della pace*, pagg. 82 e segg.

MANCINI em 1851 e seguido por grande numero de internacionalistas, que proclama o principio das nacionalidades como base do systema internacional.

Mas ao lado da ideia das nacionalidades, outros principios e de grande alcance concorreram para caracterizar a nova phase do desenvolvimento da communitate internacional e do seu direito regulador.

Em primeiro logar o movimento democratico determinado pela revolução de 1848 veio dar incremento, por meio do alargamento do regimen parlamentar e do respeito pela opinião publica, á acção fiscalizadora dos povos sobre a politica dos governos nas questões internacionaes. A opinião publica pôde tornar-se, assim, um dos orgãos dirigentes das relações internacionaes e um dos meios de discussão dos problemas do direito das gentes, o que é por certo efficaz para que os governos procedam com prudencia e para que procurem melhorar as normas reguladoras das relações dos estados.

Depois, a eliminação de todo o elemento confessional como condição da participação no concerto internacional veio permittir o alargamento da esphera da sociedade internacional, facultando-se ahi a entrada a povos que não pertencem á communitate christã. Este principio de admissibilidade na sociedade internacional de povos não christãos foi consagrado pelo tratado de Paris de 30 de março de 1856, que pôs termo á guerra do Oriente entre a Russia, dum lado, e a Turquia, a França e a Sardenha, do outro, e, por uma das suas disposições, admittiu o sultão a participar das garantias do direito publico europeu. E esta innovação foi importantissima, pois representou o reconhecimento do principio de que a communitate internacional assenta em bases de civilização e não em bases de religião e de que, por isso, della podem fazer parte povos das religiões mais differentes, desde que o seu estado de civilização auatorize essa participação.

Por fim, é característica a tendencia dos estados para regularem juridicamente e em *commum*, por meio de congressos, as suas mutuas relações, já que se consideram eguaes e independentes, sentem a necessidade de viver em *communidade* internacional regulada pelo direito, e não reconhecem um superior *commum* que formule os preceitos juridicos reguladores dessa *communidade*.

Mas se o principio das nacionalidades informou fundamentalmente o *systema* internacional no seculo XIX, qual o seu significado na evolução das relações internacionaes e o seu destino como base de organização da sociedade internacional?

O principio das nacionalidades derivou logicamente do principio da suprema autonomia dos povos proclamado pela revolução francesa, pois que o principio das nacionalidades representou a affirmação do direito dos grupos sociaes homogeneos se constituirem em estados independentes. Foi porisso o principio da autonomia nacional baseada na homogeneidade de condições sociaes, foi uma *theoria organica* da constituição das sociedades politicas que deviam gosar dos direitos de povos livres, foi, emfim, uma nova fôrma da affirmação da força nacional.

No seu apparecimento evolutivo, representou o principio das nacionalidades um protesto contra o *systema* de dispôr arbitrariamente da sorte dos povos, e constituiu, no seu desinvolvimento no seculo passado, o processo de reacção contra a arbitraria e violenta politica da legitimidade seguida na reorganização do *sxstema* europeu posteriormente á anachronica tentativa de monarchia universal de Napoleão I. O congresso de Vienna reorganizara a Europa politica sem attender muitas vezes ás affinidades de condições sociaes dos elementos de população de que ficavam constituídos os estados, e, porisso, quando enfraqueceu a força que sustentava o equilibrio estabelecido no con-

gresso, este equilibrio rompeu-se no sentido de dar expansão ás tendencias das nacionalidades.

Basear, porém, a organização da sociedade dos estados sobre o principio das nacionalidades, era dar-lhe uma base inconsistente, pois se ia buscar para fundamento da organização (e este era tambem o defeito do principio fundamental da declaração do direito das gentes) um principio individualista unilateral, uma principio basilar da independencia politica. Ainda que o principio das nacionalidades pudesse offerecer um criterio de organização das unidades politicas nacionaes e ainda que a formação dos estados em harmonia com esse criterio pudesse facilitar o seu agrupamento em sociedade internacional, o que o principio das nacionalidades não continha era a lei reguladora das relações entre os estados constituídos segundo a homogeneidade das condições de existencia das respectivas populações, o que elle não determinava era o *vinculo constitucional* da sociedade dos estados.

Era porisso natural que uma observação mais attenta dos factos conduzisse para um caminho diverso e levasse a ver em outros fundamentos a organização da sociedade internacional. Procuremos determinar a corrente dos factos e o rumo das ideias.

Com a irradiação da cultura hellenica, começou a unidade europeia, que Roma havia de alargar e vigorizar com a sua obra de conquista e assimilação, que a idade média viria enraizar com a acção moral do christianismo, que a idade moderna affirmaria poderosamente pela influencia reciproca dos povos e pela permanencia das suas relações, e que finalmente a idade contemporanea estreitaria irresistivelmente pela intensissima vida internacional que as suas descobertas e os seus progressos produziram.

Arrastados assim pela força das correntes historicas, os es-

tados encontraram-se no exercício das suas funcções, cruzaram-se num fatal trabalho de cooperação. Desviar os attritos que pudesse levantar a sua acção commum e organizar os interesses que a todos dissessem respeito, era naturalmente a linha de conducta dos mesmos estados. Nella entraram e nella seguem constantemente. Ou para proteger os direitos individuaes, ou para garantir interesses sociaes, ou para regulamentar muitas das suas funcções, ou para encontrar um meio pacifico de resolver os seus conflictos, os estados vão solidarizando as suas funcções e procuram discipliná-las por principios reguladores communs. «As communicações cada vez mais extensas dos povos, escreve DESPAGNET, criam entre elles uma tal solidariedade e uma interdependencia tão accentuada sob o ponto de vista do seu desinvolvimento moral e economico, que elles são levados a regular as suas relações por principios racionaes de Direito e a evitar os conflictos violentos. Esta regulamentação juridica das relações internacionaes manifesta-se por congressos e conferencias, tratados, principalmente tratados de União em que um grande numero de estados fixa os seus direitos e deveres respectivos sobre uma multidão cada vez maior de interesses communs, como: caminhos de ferro, correios, telegraphos, alfandegas, propriedade industrial, literaria e artistica, moedas, condição dos estrangeiros, execução de sentenças, commercio e navegação, extradição, occupação de territorios, suppressão do trafico, etc.¹».

Os factos de cooperação e de interdependencia eram, pois, infinitos e a tendencia para a sua disciplina juridica uma realidade objectiva. Como interpretá-los?

Os estados não se relacionaram por certo pelo facto da homogeneidade interna das suas condições de existencia, mas

¹ *Ob. cit.*, pag. 26.

porque as necessidades da civilização os tornaram solidários, nem procuraram regular as suas relações simplesmente porque eram autonomos, mas porque exerciam funcções em commum e se tornava necessario dar regularidade organica ao exercicio dessas funcções. A interdependencia foi o motivo das relações entre os estados, a commumidade de funcções foi realmente a razão da regulamentação juridica internacional.

A theoria das nacionalidades era portanto menos propria para fundamentar a organização da sociedade internacional, e porisso se procurou para esta um novo assento, que se encontrou na causa mesma das relações entre os estados — a *communidade de funcções entre elles existente* e proveniente da *interdependencia* em que a civilização os collocou ¹.

E a interdependencia de facto creada pela civilização fez ver na interdependencia de direito a base juridica da sociedade internacional e levou aos espiritos a convicção de que o verdadeiro principio regulador da coexistencia e da cooperação dos estados é a autonomia na solidariedade, que tem como formula juridica a *egualdade na reciprocidade de direitos e obrigações*.

Os factos mostram, com effeito, que, ao mesmo tempo que uma intensa acção de interdependencia multiplica progressivamente as relações dos estados, uma grande força de opinião impelle os governos para o aperfeiçoamento da organização juridica da sociedade internacional sobre uma base de egualdade e de reciprocidade.

A tendencia para aperfeiçoar, sobre bases de egualdade e de reciprocidade, a organização juridica da sociedade dos estados revela-se claramente no numero crescente de *assembleias diplomaticas*, em que os estados têm procurado formular re-

¹ PILLET, *Revue de droit int. public* (ou *R. D. I. P.*), 1894, pagg. 2 e segg.; CATELLANI, *Revue cit.*, vol. II, pag. 405.

gras disciplinadoras das suas relações e sancioná-las em tratados geraes que os mesmos estados assignem e ratifiquem, e bem assim na criação progressiva de *instituições de character internacional* que, nascidas do accordo mutuo dos estados, tendo por lei organica um *tratado* e assentando, portanto, sobre uma base de *contractualidade*, organizem e dêem unidade funcional aos interesses communs dos estados civilizados.

As assembleias diplomaticas, ou assembleias formadas de representantes do estados e a que se dá geralmente o nome de *congressos* e *conferencias*, têm desempenhado na historia das relações internacionaes óu uma funcção *pacificadora*, procurando terminar guerras e resolver conflictos entre os povos, e foi este, a principio, o seu mais importante destino, ou uma funcção *reguladora*, formulando, como grandes corpos *legislativos*, principios reguladores das relações pacificas dos estados, sendo sob este segundo aspecto que apparece o maior numero dos congressos e das conferencias dos ultimos tempos. É o congresso de Vienna de 1815 que marca verdadeiramente o inicio da nova phase em que as assembleias diplomaticas vão funcionar tambem como assembleias deliberativas que tomam resoluções applicaveis a factos futuros e fixam principios *legislativos* reguladores da acção dos estados nas suas mutuas relações. Aquelle congresso, com effeito, não só procurou firmar a paz da Europa perturbada pelas luctas da revolução e pelas campanhas napoleonicas, mas estabeleceu principios de applicação futura e permanente relativos á navegação dos rios internacionaes¹ e ás precedencias diplomaticas². Depois do con-

¹ Acto final do Congresso de Vienna, de 9 de junho de 1815, artt. 108 a 116 (BORGES DE CASTRO, *Collecção de tratados*, tom. v, pagg. 77 e segg.).

² Regulamento de 19 de março de 1815 (BORGES DE CASTRO, *ob. cit.*, pag. 235).

gresso de Vienna cresce progressivamente o numero das assembleias diplomaticas *legislativas*, tornando-se patente que, se a realização e multiplicação dos congressos e conferencias são, como nota Nys, manifestações decisivas da existencia duma sociedade internacional e duma consciencia juridica *commum*, a função reguladora por essas assembleias exercida, porisso que se destina a estabelecer preceitos disciplinadores da acção mutua dos estados por meio de tratados e, portanto, preceitos de caracter contractual, mostra que a sociedade internacional procura firmar-se como uma sociedade de coordenação sobre uma base de egualdade e de reciprocidade. E esta conclusão é ainda corroborada por duas novas tendencias reveladas pela evolução das assembleias diplomaticas: a tendencia para a sua transformação em instituições de *funcionamento regular e periodico*, pela sua reunião em prazos mais ou menos regulares para a revisão e aperfeiçoamento das convenções já concluidas ou para a conclusão de novas convenções, tendencia que resulta, por exemplo, dos votos emittidos pela *Conferencia da paz da Haya de 1899* para a reunião proxima de novas conferencias destinadas ao exame e resolução das questões sobre que a conferencia não chegou a pronunciar-se¹; e a tendencia para constituirem a *representação normal da sociedade internacional* pelo numero progressivamente maior dos estados nellas representados, em ordem a transformá-las numa especie de *Parlamento internacional mundial*, como já o foi a conferencia da paz, formada por plenipotenciarios de vinte estados e onde, ao lado dos estados europeus e americanos, apparecem os estados asiaticos — a China, o Japão, a Persia e o Siam, tendencia que, de resto, constitue

¹ *Livro Branco*, 1900, Conferencia internacional da paz na Haya, pagg. 23 e segg.

uma consequencia natural da transformação operada nas assembleias diplomaticas no sentido de as adaptar á funcção de regular as relações pacificas, geraes e permanentes dos povos civilizados, desviando as do seu primitivo exclusivismo de assembleias destinadas a resolver e ultimar os conflictos armados, já que semelhante transformação, porque tornou de interesse mais largo as suas resoluções, abriu-as a um maior numero de estados, e, porque fez ver na sua convocação uma razão de progresso e não um mero motivo de pacificação occasional, attraiu os povos que sentiam a necessidade do aperfeiçoamento do regimen das relações internacionaes e legitimou a fé na sua obra de organização da sociedade das nações.

A attribuição ás assembleias diplomaticas da funcção declaradora de regras de conducta internacional e a sua consequente transformação em assembleias regulares e periodicas, tornaram-nas evidentemente uma *instituição internacional* destinada a exercer uma funcção determinada dentro da sociedade dos estados. Mas os povos civilizados levaram mais longe o seu trabalho de aperfeiçoamento da organização da sociedade por elles constituida e crearam, ao lado das assembleias diplomaticas, que são instituições internacionaes de character deliberativo, instituições internacionaes de character *administrativo* e instituições internacionaes de character *judicial*, destinadas as primeiras a desempenhar serviços de utilidade commum a um maior ou menor numero de estados e constituidas as segundas para resolverem de modo juridico os conflictos entre os estados.

De character administrativo são as *commissões* e *officios internacionais*, que apparecem, por exemplo, ou conjunctamente ou isoladamente, nas chamadas *Uniões internacionais* — associações de estados constituidas por meio de tratados e destinadas a dar unidade organica e funcional á realização de determinadas ordens de interesses communs desses estados mediante

orgãos internacionaes de natureza deliberativa, administrativa e judicial que regulem e executem os respectivos serviços e resolvam as difficuldades levantadas entre os estados unionistas a respeito dos interesses a que as mesmas reuniões se referem, como são, designadamente, a *união telegraphica* e a *união postal*, creadas, a primeira, pela conferencia de Paris de 1865¹ e, a segunda, pela conferencia de Berne de 1874², para garantir a segurança e rapidez das relações postaes e telegraphicas entre os diversos estados. As comissões são de fôrma *collegial* ou *corporativa* e constituídas por delegados dos estados signatarios das convenções que as criam, delegados collocados num plano de egualdade em correspondencia com a egualdade juridica dos estados delegantes, e os officios são de fôrma *burocratica*, constituindo-os funcionarios internacionaes, cuja nomeação pertence á entidade designada pelo *commun accord* dos estados interessados, que é, por vezes, o ministro dos estrangeiros do estado séde do respectivo officio.

De caracter judicial são os *tribunaes arbitraes*, juizos organizados para resolverem juridicamente os conflictos internacionaes e darem ás suas resoluções a fôrma duma sentença, que os estados dissidentes se obrigam a acceitar e a cumprir. O recurso á arbitragem como meio de resolver conflictos internacionaes é bastante antigo e por isso de ha muito se constituem tribunaes arbitraes. Até ha pouco tempo, porém, não havia tribunal arbitral permanente, tendo de ser constituído para cada caso de arbitragem um tribunal especial. Todavia, porque os factos mostraram a) que a arbitragem se tem fixado com fir-

¹ *Nova collecção de tratados*, vol. II, pagg. 103 e segg.; Carta regia de 12 de outubro de 1875.

² *Ob. cit.*, vol. IV, pagg. 63 e segg.; Carta regia de 30 de setembro de 1898.

meza nos costumes internacionaes, tornando-se sempre mais frequente o seu uso nas resolução dos conflictos dos povos, b) que, de meramente *facultativa* e *reparadora*, quando apenas apparecia como um meio de pacificação que os estados podiam ou não empregar livremente diante dum conflicto actual, tende a tornar-se *preventiva* e *obrigatoria* pela sua consignaço em tratados para todos ou para certos casos de conflictos entre os estados contractantes, c) que tende a generalizar-se a toda a especie de controversias, d) e que tende, finalmente, a constituir uma das bases geraes da união entre os estados civilizados pela celebraço de tratados collectivos em que os estados reconhecem a excellencia da soluço arbitral ou se obrigam a por ella derimir os seus conflictos, viram os espiritos a necessidade de a organizar convenientemente, de estabelecer um tribunal geral e permanente, que os povos encontrassem sempre prompto para estudar com consciencia e resolver com justiça os seus conflictos. Semelhante necessidade foi attendida pela conferencia de paz que, na convenço n.º 1 de 29 de julho de 1899, creou um *tribunal permanente* de arbitragem, com séde na Haya, formado de juizes nomeados pelos estados signatarios daquella convenço, ao qual os mesmos estados signatarios, e até os estados não signatarios em certos casos, podem entregar a resolução dos seus conflictos, sendo ainda de notar que aquelle tribunal, que era meramente *facultativo* pela convenço de 1899, tende a tornar-se *obrigatorio* pelo compromisso assumido por differentes estados, em tratados de arbitragem, de a elle submeterem a resolução de certos conflictos, como se vê, por exemplo, dos tratados de arbitragem entre a França e a Inglaterra de 14 de outubro de 1903, entre a França e a Italia de 25 de dezembro do mesmo anno, entre a Inglaterra e a Hespanha de 27 de fevereiro de 1904, e entre Portugal e — a Hespanha de 31 de maio, — a Hollanda de 1 de outubro, — a Inglaterra de 16 — e os Estados Unidos de 23 de

novembro do mesmo anno de 1904, — a Suecia de 6 de maio — e a Italia de 11 de novembro de 1905, — e a Austria de 13 de fevereiro de 1906 ¹.

Ora a criação de instituições internacionaes de caracter deliberativo, administrativo e judicario é já, por certo, uma segura indicação de que os estados civilizados teem procurado organizar devidamente a sociedade internacional sobre uma base de egualdade, pois que é como eguaes que os seus representantes conduzem as negociações nas assembleias diplomaticas e é como eguaes que assignam e ratificam os tratados que contêm os principios reguladores das suas relações formulados por essas assembleias e servem de base á organização das commissões, dos officios e dos tribunaes arbitraes.

Todavia, os mesmos estados, no intuito de garantir eficazmente muitos dos seus interesses communs, apertaram já o vinculo da sua organização internacional até ao ponto de se associarem em uniões internacionaes, as quaes representam verdadeiras confederações fragmentarias para o effeito da realização de determinadas ordens de interesses, como serviços postaes, telegraphicos, ferro-viarios, protecção da propriedade industrial, artistica e literaria, etc., e constituem uma clara revelação da organização egualitaria da comunidade internacional. Em verdade: nas uniões apparecem orgãos internacionaes, — ou *deliberativos*, congressos e conferencias, que, periodica ou extraordinariamente, definem os preceitos reguladores da sua organização e do seu funcionamento, — ou *administrativos*, commissões e officios, que, de modo permanente, executam os serviços com que se procura dar realização aos fins que ellas se propõem, — ou *judiciarios*, que decidem as controver-

¹ *R. D. I. P.*, 1903, pag. 800; 1904, pagg. 94, 339 e 764; 1905, pagg. 153 e 214; e 1906, Documento, pag. 30 e segg.

sias emergentes das relações a que ellas respeitam, o que lhes dá um evidente character associativo; os territorios dos estados das uniões são considerados como um só territorio para o effeito das respectivas relações, o que lhe imprime evidentemente o cunho duma associação de estados; e tudo isto se firma em tratados, o que transforma as uniões em associações confederativas, baseadas, portanto, sobre um principio de egualdade e de contractualidade. As uniões, que, por sem duvida são a mais perfeita expressão da organização internacional, revelam claramente o espirito que orienta essa organização, um espirito de coordenação egualitaria, e portanto devem ser consideradas elemento valioso na determinação das tendencias da sociedade dos estados ¹.

Deve, porém, notar-se que a affirmação do regimen juridico das relações internacionaes como um regimen de reciprocidade de direitos e obrigações consentaneas com a egualdade e independencia dos estados que os progressos da civilização agruparam em comunidade internacional é hoje perturbada pela preponderante influencia que as grandes potencias (Allemanha, Austria, França, Inglaterra, Italia e Russia na Europa, os Estados Unidos da America, e o Japão na Asia) exercem no destino politico dos outros povos. Assumindo a função de representantes e protectores da sociedade internacional, arrogam-se aquellas potencias o primado politico do mundo em prejuizo da liberdade de acção dos povos mais fracos.

Semelhante tendencia dos grandes estados para se arvorearem em órgãos representativos e protectores dos interesses superiores da humanidade é favorecida pela corrente da phi-

¹ KASANSKY, *R. D. I.* 1897, pagg. 238 e segg.; RENAULT, *R. D. I, P.*, 1896, pagg. 14 e segg.; CATELLANI, *R. D. I. P.*, 1901, pagg. 396 e segg.; Novicow *La fédération de l'Europe*, pagg. 731 e segg.

losophia positiva que veio considerar a collectividade como a entidade principal e final do universo e a humanidade como a verdadeira realidade da historia social, bem como pela corrente sociologica daquelles que, applicando ás sociedades as leis do darwinismo, justificam o sacrificio dos fracos na lucta externa dos povos ¹.

Todavia, a acção perturbadora produzida pelas tendencias imperialistas das grandes potencias é contrariada, não só pela forte corrente dos factos que deixamos apontados no sentido de disciplinar as relações internacionaes segundo o principio da autonomia na solidariedade, mas ainda por uma serie de condições que se conjugam e conjugarão por certo cada vez mais num movimento de reacção contra o espirito dominador dos estados mais fortes na ordem internacional.

Em primeiro lugar, vëem os factos mostrar que um grande desejo de paz domina a opinião geral e que o espirito contemporaneo aspira á realização dum grande ideal de justiça na ordem internacional. É essa intensa e axtensa propaganda da necessidade e das excellencias da paz pela egualdade e pela solidariedade, feita na Europa e na America por tantas sociedades e ligas de paz, de que merecem especial referencia a *Sociedade internacional da paz* e a *União interparlamentar*, as quaes, em congressos e conferencias successivas e por um esforço sempre persistente, procuram contribuir para definir os principios e crear as instituições que devem aperfeçoar a organização da sociedade internacional até ficar assegurada a maior paz pela maior justiça entre os estados ².

Depois, como a evolução organica, a evolução social vae fixando successivamente no organismo social os principios vi-

¹ CATELLANI, *R. D. I. P.*, 1901, pagg. 403 e segg.

² SIOTTO-PINTO, *ob. cit.*, pagg. 26 e segg.

taes desinvolvidos nos differentes estadios por elle percorridos. E um elemento vital adquirido na evolução das relações internacionaes foi evidentemente a constituição de unidades nacionaes autonomas, as quaes deram fôrma organica regular á vida da humanidade. E o seu destino natural será, não a absorpção auctoritaria e oppressiva numa unidade politica geral ou numa oligarchia de potencias mais fortes, mas a sua coordenação cada vez mais perfeita num systema regular de relações pacificas de coexistencia e de cooperação.

Por fim, o conceito das collectividades como realidades objectivas não pode levar ao menosprezo dos seus elementos individuaes, porque estes são os factores reaes da sua conservação e do seu desinvolvimento, mostrando claramente a historia das relações internacionaes que a força de resistencia das unidades nacionaes tem sabido vencer as tendencias de concentração politica universal.

Deve, porém, accentuar-se a reacção no sentido de equilibrar a tendencia nacional com a tendencia humanitaria, por fôrma que cada estado possa exercer eficazmenté a sua acção dentro da sociedade internacional e que todos ahi coexistam e cooperem segundo um principio de egualdade e de justiça. E esta reacção será, por certo, favorecida pelo respeito mutuo das grandes potencias, determinado, se não pela consideração dos seus direitos, pelo receio de que o exaggero das suas tendencias imperialistas as arraste ao tremendo desastre das guerras modernas. Como nota MÉRIGNHAC, o algarismo exacto das hecatombes humanas do conflicto russo-japonês encherá o mundo de espanto e fará mais pela causa da paz do que a mais eloquente propaganda pacifista ¹.

A sociedade internacional, emquanto representa a conjuga-

¹ *Ob. cit.*, pag. 77.

ção das diferentes sociedades nacionaes, seguirá assim o processo evolutivo destas sociedades, as quaes, no dizer de OLIVEIRA MARTINS, caminham movidas por uma gravitação que se chama egualdade ¹, a tendencia suprema do desinvolvimento historico das sociedades humanas ².

4. A formação historica da sociedade internacional produziu a formação natural dum direito regulador das relações dos estados. Como disciplinador especifico de todas as sociedades humanas, appareceu o direito tambem no dominio das relações internacionaes, ordedando-as e garantindo-as convenientemente.

Depois que os progressos da civilização convenceram os estados de que as relações pacificas internacionaes representavam uma necessidade da sua conservação e desinvolvimento, normalizaram a sua conducta, na prosecução dos interesses communs, por preceitos obrigatorios tambem communs que introduzissem a ordem e a justiça nas suas mutuas relações e assim crearam o — *direito internacional* ou conjuncto de preceitos juridicos reguladores das relações entre as comunidades politicas.

Como regula e garante nas sociedades nacionaes as condições necessarias á sua conservação e desinvolvimento, semelhantemente regula e garante o direito na sociedade internacional as condições da sua organização e funcionamento. Nas sociedades nacionaes, opera elle como força de integração individuo-social, mantendo em justo equilibrio os dois elementos irreductiveis de toda a vida collectiva, e na sociedade internacional exerce uma função coordenadora dos interesses particulares de cada estado com os interesses geraes da comunidade das nações.

¹ *Historia da republica romana*, tom. I, pag. xxxiv.

² CATELLANI, *Rev. cit.*, pag. 585.

A função geral do direito internacional traduz-se assim na regulamentação e garantia da organização e funcionamento da sociedade dos estados; *a)* determinando os elementos, bases e forma de organização da sociedade internacional; *b)* disciplinando a acção internacional dos estados para a realização pacífica dos interesses nacionaes de caracter geral; *c)* regularizando a situação jurídica dos individuos nas relações internacionaes; *d)* resolvendo os conflictos que a vida internacional possa levantar entre os povos.

Destina-se, portanto, o organismo juridico internacional a disciplinar o modo de ser *normal* das relações entre os estados e a determinar os meios de resolução dos seus conflictos.

5. A constituição do direito internacional foi a expressão jurídica da comunidade formada evolutivamente entre os estados mais adiantados em civilização, e porisso revestiu aquelle direito na sua apparição historica o caracter de regimen de coordenação de interesses de estados independentes e eguaes que cooperam pacificamente para a realização integral do seu destino.

A existencia do direito internacional foi assim o producto de tres elementos: *a)* coexistencia duma pluralidade de estados autonomos; *b)* a cooperação desses estados pelo estabelecimento de relações mutuas e permanentes; *c)* a submissão da actividade dos mesmos estados a principios juridicos communs ¹.

A formação destes elementos resultou do trabalho historico que acima descrevemos ao estudar o desenvolvimento do meio em que se manifestou a sociedade dos estados. A evolução

¹ HOLTZENDORFF, *Introduction au droit des gens*, pag. 6; RIVIER, *ob. cit.*, pag. 7.

politica produziu a constituição de comunidades politicas soberanas e autonomas, os factores da civilização medievall crearam na Europa a semelhança de condições sociaes propria para facilitar as relações dos estados, o desenvolvimento progressivo dos povos europeus determinou a necessidade de relações permanentes tanto de ordem material como de ordem moral, a segurança e efficacia dessas relações exigiu que as protegesse a garantia do direito, e os estados *submatteram-se* expressa ou tacitamente a preceitos obrigatorios communs que disciplinassem as suas relações.

A submissão dos estados aos preceitos do direito internacional derivou da *consciencia juridica commum* da necessidade do seu cumprimento. A vida em sociedade internacional impôs-se aos estados como uma condição impreterivel do seu desenvolvimento progressivo e porisso a consciencia geral do mundo civilizado reconheceu e reconhece como obrigatorios preceitos que regulem e garantám a acção dos mesmos estados dentro da comunidade internacional.

A força imperativa do direito internacional foi portanto um producto do desenvolvimento dos povos civilizados, que obedeceram á necessidade de se adoptarem as novas condições de existencia creadas pela sua evolução historica.

O direito internacional constituiu-se regularmente com a paz de Westphalia, tem disciplinado as relações internacionaes em harmonia com os conceitos predominantes acerca da coexistencia e cooperação dos estados, assumindo na sua phase actual o aspecto de lei reguladora da solidariedade funcional dos mesmos estados. Como a comunidade de funcções dos estados foi considerada como a verdadeira razão de ser da sociedade dos estados, assim se assignalou por fim ao direito internacional a garantia da acção commum dos estados e a coordenação em justa harmonia dos seus interesses mutuos.

Em vez de simples lei de coexistencia de estados autonomos, nomos, como o comprehendia a doutrina da revolução e o principio das nacionalidades, tornou-se naturalmente o regimen juridico da interdependencia creada entre os estados e resultante da sua cooperação necessaria para a realização plena da sua missão historica.

6. O direito internacional nasceu da necessidade de regular as relações entre os povos e revestiu objectivamente a fórma duma norma de conducta social. É uma regra formulada pelo espirito humano para satisfazer uma exigencia da vida social. Porisso os factores geraes da sua formação têm sido naturalmente dois — a vida real e o pensamento, a utilidade social e o trabalho logico do espirito. A vida real com as relações que a civilização creou entre os povos, com a necessidade de normalizar a coexistencia e a cooperação dos estados; o pensamento com o trabalho logico de encontrar os principios reguladores da acção mutua das nações.

Esta funcção investigadora das regras de conducta reciproca dos estados tendeu naturalmente a incorporar-se num orgão que a exercesse com regularidade, apparecendo, assim, tambem naturalmente, uma classe de homens de sciencia — os *internacionalistas*, cuja missão tem sido formular e ordenar coherentemente os preceitos do direito internacional. Deste modo se constituiu progressivamente uma nova sciencia juridica — a *sciencia do direito internacional*, que procurou definir, systematizar e expor methodicamente os principios juridicos reguladores das relações entre os estados ¹.

Esta sciencia, ponderando as necessidades da vida interna-

¹ COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, pagg. 40, 77 e segg., e 99 e segg.

cional e procurando a formula da sua satisfacção, tem sido um factor apreciavel da formação historica do direito internacional e, na falta dum legislador commum que dicte a lei aos estados e de textos positivos disciplinadores da sua acção reciproca, tem exercido uma verdadeira funcção dirigente desta reciprocidade. Daqui a necessidade de determinar os traços geraes da sua evolução e as tendencias em que se affirma no espirito contemporaneo ¹.

A vida scientifica do direito internacional tem percorrido dois periodos ligados evolutivamente mas com caracteres differenciaes que permitem distingui-los com nitidez: — um periodo embryonario de *fragmentação* e um periodo progressivo de *organização*. No primeiro formam-se dispersamente os materiaes que no segundo hão de ser approximados, depurados e systematicamente ordenados.

Os problemas do direito internacional, nascendo á medida que os espiritos iam observando as relações pacificas ou violentas dos povos, começaram por ser estudados separadamente e subordinados, na sua resolução, aos assumptos tratados pelos

¹ RIVIER, *Esquisse d'une histoire littéraire des systèmes du droit des gens* (Este estudo encontra-se na *Introduction au droit des gens* de HOLTZENDORFF, pagg. 349 e segg.); WESTLAKE, *Droit international*, trad. de NYS, pagg. 19 e segg. DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 198 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 28 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 62 e segg.; GEMMA, *Introduzione allo studio del diritto pubblico internazionale considerato nel suo svolgimento scientifico*; NYS, *Les origines du droit international*, pagg. 6 e segg., e *Le droit international*, I, pagg. 213 e segg.; BARTHELEMY, NIZARD, ROLLAD, etc., *Les fondateurs du droit international*, Paris, 1904; BIGLIATI, *ob. cit.*, pagg. 295 e segg. MÉRIGNIAC, *ob. cit.*, pagg. 92 e segg.; CALVO, *Le droit international*, tom. I, pagg. 1 e segg., etc.; CAVAGLIERI, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.

auctores que incidentemente delles se occupavam. Depois que, porém, a vida internacional se tornou mais intensa e o maior numero de relações entre os povos fez ver a necessidade de as regular convenientemente, os escriptores estudaram mais cuidadosa e frequentemente as questões dessa regulamentação, até que appareceu quem as tratasse de modo independente e procurasse systematizar os seus principios reguladores.

Em face do aspecto que foi offerecendo a vida politica, depois da dissolução do imperio romano, pelo insuccesso duma nova unificação politica dos povos europeus e pela formação progressiva de estados que sempre com mais vigor defendiam a sua independencia, começou a delinear-se nos espiritos a ideia duma sociedade internacional de coordenação em substituição da ideia da sociedade internacional de subordinação dos tempos romanos, ideia que pouco e pouco vão revelando os escriptores, e que se accentua com os dois theologos hespanhoes, FRANCISCO DE VICTORIA (1480-1546) e FRANCISCO SUAREZ (1548-1616), que, subordinadamente ás questões de theologia ou de moral, definiram e resolveram com tanta nitidez e tanto rigor principios e problemas de direito internacional, que ambos foram já considerados como fundadores da nossa sciencia. VICTORIA, no seu livro *Relactiones theologicae* (1557), viu claramente o direito internacional como um direito regulador das relações dos estados, formulando a sua noção nestes termos caracteristicos: *Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur jus gentum*. Encontra-se nesta formula a expressão *jus inter gentes*, notavel em si mesma, pois della derivou a actual designação de direito internacional, mas mais notavel ainda pela ideia dum laço juridico entre os povos, ou antes, duma sociedade juridica internacional. Para VICTORIA, o mundo habitado não é um conjuncto inorganico de nações isoladas, mas uma *societas naturalis* dentro da qual os estados se en-

contram relacionados por direitos e deveres recíprocos e portanto numa situação de interdependência jurídica. A organização internacional concebida por VICTORIA excedia os limites da christandade, abraçando a humanidade inteira, cujos membros teriam todos os mesmos direitos e os mesmos deveres, motivo por que elle discutia se o christianismo podia ser propagado pela guerra e affirmava que a differença de religião não podia ser causa duma guerra justa. A sciencia do direito internacional deve assim a VICTORIA, a origem do seu nome, a ideia da sociedade jurídica internacional, a ideia da interdependência dos estados e a intuição do alargamento progressivo daquella sociedade independentemente das differenças de crenças religiosas dos diversos povos, e deve-lhe ainda a primeira revelação da tendencia para fundar os preceitos do direito internacional na base positiva do consentimento dos povos, pois, se é certo que, segundo a sua definição, aquelles preceitos se fundam na razão natural, VICTORIA affirma tambem que os principios accetos pela maior parte da humanidade se impõem á minoria que pretende rejeitá-los¹. FRANCISCO SUAREZ, que foi professor insigne da faculdade de Theologia da Universidade de Coimbra, fala do *jus gentium*, no seu livro *De legibus* (1612), em termos tão significativos, que mostram bem nitidamente que elle tinha ideias claras ácerca dum direito regulador das relações dos povos baseado na existencia duma sociedade dos estados e na natural interdependência destes, bem como manifesta que tambem para o *doctor eximius* nem todos os principios do direito internacional derivavam immediatamente da razão natural, provindo alguns do assen-

¹ BARTHÉLEMY, etc., *Les fondateurs du droit international*, pagg. 1 e segg.

timento das nações revelado nos usos e praticas internacionaes ¹.

A actividade scientifica vae augmentando sempre e nos seculos xv e xvi a maior parte das questões do direito internacional são expostas e discutidas ². Para a constituição regular da sciencia do direito internacional, tornava-se, porém, necessario que as questões relativas ás relações dos estados fossem tratadas independentemente das questões theologicas e moraes, que fossem subordinadas a principios proprios, e que ao estudo incidental ou a monografia fragmentaria se substituíssem tratados em que os problemas do direito internacional fossem reunidos num systema regular.

Este trabalho foi começado pelo juriscorsulto italiano ALBERICO GENTILE e completado pelo sabio hollandês HUGO GROCIO. Com elles se inicia o periodo de organização, aquelle em que o direito internacional se affirma como sciencia independente.

ALBERICO GENTILE (1552 a 1608) em varios trabalhos, mas principalmente na obra *Commentationes de jure belli* (1558-1589), emancipa a sciencia do direito internacional da theologia e da moral e procura subordinar a um principio geral independente os preceitos reguladores das relações entre os estados. O direito internacional é, para elle, o direito da communidade dos estados e um direito fundado na *razão natural*, a qual indica o que é justo e injusto nas relações dos povos. A lei internacional é uma lei natural que une entre si estados independentes e autonomos, mas que obedecem á lei da sociabilidade e cujus interesses são solidarios porque são interesses

¹ Sr. Dr. ANTONIO GARCIA RIBEIRO DE VASCONCELLOS, *Francisco Suarez*, Coimbra, 1897; RIVIER, *ob. cit.*, pag. 354; BARTHÉLEMY, etc., *ob. cit.*, pagg. 95 e segg.

² RIVIER, *ob. cit.*, pag. 352.

humanos. A sociedade dos estados não é, pois, uma sociedade de subordinação de fôrma imperial ou de fôrma religiosa, mas uma sociedade de coordenação baseada numa lei natural interpretada e formulada pela razão. Contudo, GENTILE, embora funde o direito internacional na razão natural, não rejeita systematicamente a tradição, os usos dos povos, os exemplos historicos ou as opiniões dos sabios e dos philosophos na determinação dos seus preceitos; antes accêita todos aquelles elementos, embora como simples subsidio que auxilie o trabalho racional e não como um imperativo que não permita o desvio dos principípios estabelecidos. É, em synthese, a compenetração do direito internacional com o direito natural, com o reconhecimento, todavia, da legitimidade da tradição, como meio de verificar a lei natural que regula a sociedade dos estados ¹.

Foi, porém, HUGO GROCIUS (1583-1645) que veio dar fôrma verdadeiramente scientifica ao direito internacional no seu notavel trabalho — *De jure belli ac pacis*, publicado em 1625 ².

Impressionado com os excessos e horrores da guerra dos trinta annos, perguntou a si mesmo se as nações christãs não deveriam, em tempo de guerra, refrear com certas leis as paixões brutaes do homem, e, para resolver a questão assim formulada no seu espirito, consultou a historia e a litteratura dos povos da antiguidade e da edade media, convencendo-o os factos e as doutrinas de que os povos christãos, se tinham o direito de fazer a guerra, deviam deter-se no caminho do arbitrio e da violencia diante do respeito devido aos direitos

¹ GEMMA, *ob. cit.*, pagg. 37 e segg.; BARTHÉLEMY, etc., *ob. cit.*, pagg. 35 e segg.

² O titulo completo da obra de GROCIUS é: *De jure belli ac pacis libri tres, in quibus jus naturae et gentium, item juris publici praecipua explicantur.*

imprescriptiveis que derivam da natureza humana. Dahi resultou a sua grande obra, que, embora consagrada de preferencia ás questões da guerra, examina os principios em que se funda o direito em geral e particularmente o direito internacional, e deve considerar-se como o primeiro tratado geral deste direito.

A par com o direito de cada estado, cujo fim é salvaguardar o bem dos cidadãos, vê Grocio um direito geral que tem em vista o bem dos estados e que regula as suas relações reciprocas, não só fundado no interesse dos mesmos estados, mas derivado das prescripções incontestaveis da justiça. Como os homens, os estados precisam de relacionar-se e estas relações não podem manter-se senão pela existencia e pelo respeito do direito, pois que o direito representa uma necessidade em toda a communiidade tanto nacional como internacional.

GROCIO, procurando estabelecer a derivação logica do seu systema, parte da existencia dum direito natural que resulta do instincto de sociabilidade innato aos homes. Este direito natural está de harmonia com os preceitos dados por Deus e que constituem o direito divino. O direito natural e o direito divino formam a base de *jus civile* e do *jus gentium*, aquelle o direito proprio de cada estado e este o *jus quod inter populus versatur*.

Todavia, o direito internacional é mais que um simples direito natural; como o direito civil, nasce tambem de considerações de utilidade e do consentimento das nações. Existe, pois, um direito das gentes voluntario, ao lado do direito natural, e a elle chama Grocio o direito internacional em sentido estricto.

Em harmonia com estas ideias, expõe, sobre cada assumpto, primeiro, os principios de direito das gentes natural, depois, os principios do direito das gentes voluntario ou positivo. Contudo, o direito natural é sempre a base, os seus preceitos não

podem ser contradictados pelo direito voluntario, pelo que, nota RIVIER, a segunda parte do titulo da obra de GROCIO, *Jus naturae et gentium*, é deveras appropriada.

O livro de GROCIO exerceu uma influencia extraordinaria, teve 45 edições até 1758, foi atargamente commentado, deu logar á creação de cadeiras especiaes, nas universidades alle-mãs, destinadas á sua explicação e iniciou um decidido movimento scientifico na cultura da nossa sciencia ¹. É porisso que, com verdade, PILLET escreve que, se a nossa sciencia lhe não deve (a GROCIO) a sua existencia, lhe deve sem duvida alguma a sua entrada no mundo e a figura honrosa que ahi tem alcançado» ², sendo GROCIO, como nota NYS, «um destes homens de genio que approximam os elementos já existentes duma sciencia, reúnem os seus membros dispersos, lhes inspi-ram o soro da vida e porisso merecem o titulo de fundadores» ³.

GROCIO, embora subordinado ao direito natural, admittia a existencia dum direito internacional positivo resultante do consentimento dos povos, o que até certo ponto, já era tambem admittido por VICTORIA; SUAREZ e GENTIL⁴, e dahi partiram duas correntes, que, afastadas ou approximadas, tẽem dominado a evolução scientifica do direito internacional.

A primeira corrente, toda idealista, negou todo o valor ao direito internacional voluntario e só considerou scientificamente legitimo o direito internacional natural, ou a parte do direito natural applicavel ás relações dos estados.

¹ RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 359 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 202 e segg.

² BARTHÉLEMY, etc., *ob. cit.*, Introducção, pag. ix.

³ *Le droit international*, 1, pagg. 233.

Esta corrente, ligada evidentemente com o predomínio dado por GROCIO ao direito natural, foi desinvólvida e levada ao extremo por PUFENDORF¹ e THOMASIVS² e foi continuada e modificada por WOLF³ e VATTEL⁴.

PUFENDORF (1632-1694) e o seu discípulo THOMASIVS (1655-1728) contestaram o valor obrigatorio do direito internacional positivo, por os estados não reconhecerem um poder legislativo a elles superior, identificaram o direito internacional com o direito natural, o qual é imposto por uma lei natural que dirige a natureza humana e é obrigatoria por si mesma e independente de considerações utilitarias e de imposições de qualquer poder.

Este exaggero idealista foi evitado pelos continuadores da escola do direito natural, WOLF e o seu discípulo VATTEL.

WOLF (1679-1754) reata a tradição grociana, pois, embora um dos principaes representantes da theoria do direito natural, já se occupa nos seus escriptos da pratica internacional e faz entrar na organização do direito das gentes quatro elementos; o *jus gentium naturale*, o *jus gentium voluntarium*, o *jus gentium pactitium* e o *gentium consuetudinarium*, o primeiro imposto pela propria natureza humana, o segundo resultante da reunião das nações em uma grande communiidade, *civitas gentium maxima*, o terceiro derivado do consentimento dos povos expresso em tratados e o quarto fundado no consentimento tacito dos costumes internacionaes.

VATTEL (1714-1767) segue WOLF e a sua obra, segundo declara, é uma reproducção da do mestre, distanciando-se, porém,

¹ *De jure naturae et gentium*, 1672.

² *Institutiones jurisprudentiae et gentium — Fundamenta juris naturae et gentium*, 1705.

³ *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, 1749.

⁴ *Le droit des gens*, pag. 103.

delle no fundamento que assignala ao direito das gentes voluntario. Para WOLF semelhante fundamento encontrava-se na subordinação de cada estado á republica geral dos estados, e para VATTEL está no accordo dos estados livres e independentes.

Consequentemente, a theoria do direito natural continuava dominando o systema juridico das relações internacionaes, mas, a seu lado, iam-se legitimando preceitos derivados da convivencia dos estados, formulados pelos tratados e resultantes dos costumes. A nova tendencia, ligada tambem á tradição grociana, vae accentuar-se e terá o seu momento de exclusivismo contraposto ao exclusivismo do direito natural.

O que em GROCIO, WOLF e VATTEL era um elemento subordinado, appareceu como elemento preponderante em alguns escriptores ainda no seculo xvii e como elemento exclusivo em muitos auctores no seculo xviii, entre os quaes sobresáem MABLY e MOSER, pela formação da *escola positiva* ou *historico-pratica*.

ZOUCH, escriptor inglês do seculo xvii ¹ (1590-1660), deu, como VICTORIA, ao direito internacional a designação de *jus inter gentes* e accentuou o seu caracter *positivo*, fazendo-o derivar do accordo das nações, havendo assim um direito internacional geral provindo do accordo de todos os estados e um direito internacional particular fundado nas convenções entre tal e tal estado.

Á mesma tendencia positivista obedeceu RACHEL ¹ (1628-1691), que sustentou em polemica com PUFENDORF a independencia do direito internacional. Fundou-o nos costumes e nos tratados e tentou provar que o fim supremo do direito inter-

¹ *Juris et judicii feccialis sive juris inter gentes et quaestionum de eodem explicatio*, 1650.

nacional era a utilidade que delle podiam tirar os estados. Foi um precursor de BENTHAM, que, na logica do seu systema, tambem baseou o direito internacional na utilidade dos estados.

Os esforços de ZOUCH e RACHEL foram continuados por muitos pensadores e juristas e encontraram a sua formula extrema em MABLY (1709-1785)² e MOSER (1701-1785)³.

Estes internacionalistas limitaram-se a estudar os factos da vida juridica internacional, isto é, a pratica e os tratados, e tentaram basear sobre elles a organização scientifica do direito das gentes, abstendo-se, porém, systematicamente de criticar os factos, pois que a sua critica, segundo MOSER, era inutil e deslocada.

O exaggerado empirismo da escola positivista provocou, porém, como era natural, ainda nos seus partidarios, um movimento de reacção no sentido de introduzir um certo espirito de critica na apreciação dos factos internacionaes.

O movimento foi iniciado pelo holandês BYNKERSHOEK⁴. Delle partiu a primeira tentativa de união entre a escola positivista e a escola idealista, tentativa manifestada na sua theoria ácerca das fontes do direito internacional, pois que o fazia derivar dos costumes e da tradição, dos tratados e do trabalho da razão. No seu systema, a razão devia ser um auxiliar natural para resolver as questões relativas ao direito das gentes.

O movimento continuou progressivamente e conduziu a uma rigorosa constituição scientifica do direito internacional.

¹ *De jure naturæ et gentium*, 1676.

² *Droit public de l'Europe*, 1747.

³ *Grundsätze des jetzt üblichen europäischen Völkerrechts in Friedenszeiten*, 1750.

⁴ *De foro légatarum*, 1727, e *Quæstiones juris publici*, 1737.

A escola idealista privara a sciencia do direito internacional da base positiva da realidade, e a escola histórico-pratica tornara-a escrava da pratica dos estados e protectora dos seus defeitos e dos seus abusos. O movimento doutrinal dos fins do seculo xviii e de todo o seculo xix procurou firmar a dignidade daquella sciencia pelo accordo dos dados da experiencia e das especulações philosophicas.

Alguns escriptores viram a solução do problema numa combinação eclectica dos principios das duas escolas, numa conciliação dos elementos de direito natural com os do direito positivo. Era, comtudo, um systema inconsistente, pois representava a ausencia dum criterio definido que servisse de base á organização scientifica do direito internacional. Os principios juridicos disciplinadores das relações entre os estados ou são um producto aprioristico da razão natural, que os formule independentemente de quaesquer dados experimentaes, ou representam um resultado da convivencia dos estados civilizados e constituem a condição da normalidade da sua coexistencia e cooperação. Um producto bybrido dos dois factores antitheticos, como os considerava o systema eclectico, não podem ser evidentemente. O eclectismo tinha de resolver se, porisso, ou no velho idealismo que via no direito internacional uma applicação do direito natural ás relações dos povos, ou num positivismo scientifico, que, concebendo o direito internacional como uma realidade phenomenica, um producto natural da convivencia dos estados que se relacionaram por força dos progressos da civilização, observasse as suas manifestações nos usos e nos tratados, analysasse, classificasse e systematizasse os elementos colhidos pela observação, comparasse os preceitos em vigor com as condições reaes da vida internacional e com as necessidades da comunidade dos estados para discriminar os anachronismos dos principios conformes ás condições sociaes dum determinado momento historico, e

finalmente indicasse aos estados as modificações a introduzir na disciplina jurídica das relações internacionaes.

Foi neste segundo sentido que se rompeu o equilibrio eclectico, pois, á parte algum discipulo retardatario da escola do direito natural, os escriptores mais modernos baseiam os seus systemas doutrinaes nos factos da vida internacional, por elles formulam as normas da conducta reciproca dos estados e sobre elles exercem o seu trabalho de apreciação critica para traçar o caminho progressivo da sociedade internacional. Para imprimir ao espirito scientifico esta orientação concorreram poderosamente as ideias de JORGE FREDERICO DE MARTENS (1756-1822), professor da Universidade de Goetingue, o qual, com a publicação (1789) da sua obra principal — *Précis du droit des gens mederne de l'Europe*, introduziu o methodo historico na sciencia do direito internacional, assignalou a esta sciencia a missão de, pela analyse e pela critica dos usos, dos tratados e dos exemplos historicos, estabelecer os principios reguladores das relações dos povos e traçou o caminho seguido pela escola moderna, a qual, mais ou menos desprendida das theorias do direito natural, deriva da evolução do direito internacional as regras que devem ser actualmente observadas pelos estados. J. F. DE MARTENS, como representante que foi da escola historica do direito internacional, deu todo o valor ao direito internacional positivo constituído pelòs usos e pelos tratados, e, como conhecedor profundo da historia das sociedades, viu como as suas transformações deviam produzir a necessidade de desinvolver e de melhorar o systema juridico internacional dum determinado momento historico e porisso admittiu a existencia duma lei internacional natural á luz da qual o direito positivo se desinvolvesse e aperfeiçoasse, mas uma lei natural constituída de regras conformes aos interesses dos povos e da civilização e, portanto, uma lei natural *progressiva* capaz de acompanhar a evolução constante dos factos sociaes nas modi-

ficações que essa evolução pode determinar nas relações internacionais. Estudar o direito positivo existente e indicar a linha do seu aperfeiçoamento em harmonia com as novas condições de existencia das sociedades, eis, segundo o nosso auctor, a missão da sciencia do direito internacional¹. Por este criterio se orientaram e se vão orientando cada vez mais os internacionalistas, guiados pelo conceito de VAVNI de que só na historia se affirma a realidade do direito e convencidos de que só podem considerar-se preceitos de direito internacional as normas positivas derivadas da vontade commum dos estados revelada no costume ou formulada em tratados.

7. O producto da observação scientifica sobre os factos da vida internacional foi a concepção cada vez mais bem definida duma sociedade dos estados.

Nem sempre, porém, se tem compreendido de modo equal a situação de cada estado dentro da *magna civitas*, podendo reduzir-se a tres as correntes doutrinaes historicas sobre este grande problema: uma tendendo para a subordinação de cada estado ao interesse geral da sociedade das nações; outra seguindo o rumo contrario e fazendo prevalecer o principio da independencia nacional; a terceira, finalmente, procurando estabelecer a coordenação dos interesses particulares de cada estado com os interesses geraes da comunidade internacional por maneira, que não seja sacrificada nenhuma das forças animadoras da vida internacional².

A primeira corrente resulta logicamente do systema de WOLF. Para justificar o seu *jus gentium voluntarium*, tornava WOLF palpavel a ficção do estado universal, mostrando a necessidade de os estados se reunirem, para attingirem a per-

¹ BARTHÉLEMY, etc., *ob. cit.*, pagg. 603 e segg.

² LORIMER, *Principes de droit international*, trad. de Nys, pagg. 11 e 12.

feição, numa republica universal em que o dominio (*imperium*) sobre cada um dos estados pertencesse ao seu conjuncto¹. E de resto constitue ella a tendencia de todos os escriptores que consideram como o melhor ideal da paz a organização da humanidade numa só unidade politica.

Todavia, assim como a historia tem dissolvido as unidades politicas universaes e tem reagido energicamente contra o seu restabelecimento, assim o pensamento scientifico reagiu contra o principio da dependencia dos estados dentro da sociedade internacional.

Contra WOLF ergue-se o seu discipulo VATTEL rejeitando a ficção do estado universal como incompativel com uma das condições da ordem e do direito internacional, a independencia de cada estado.

VATTEL é acompanhado e seguido pelos doutrinarios individualistas do seculo XVIII, constituindo-se a escola nacionalista, que leva ao extremo o principio da independencia dos estados, dicta a *declaração do direito das gentes* e proclama, com J. F. DE MARTENS², — que o estado tem a faculdade de se desinvolver ou de se isolar; de alargar ou de restringir as suas relações internacionaes, sob a condição unica de não prejudicar o direito de independencia de outro estado³.

Sempre a reacção igual e contraria á acção. Á extrema dependencia da escola universalista contrapõe-se a extrema independencia da escola nacionalista. Aquella, contra as tendencias historicas que tẽem conduzido á fixação de unidades politicas nacionaes como forma regular da organização da humanidade, annulla a actividade singular dos estados; esta, regressando á concepção primitiva do isolamento e menos-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pag. 209.

² *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, 1789.

³ CATELLANI, *ob. cit.*, pag. 405.

prezando a fatalidade das relações internacionaes como um producto da civilização, quebra os laços de solidariedade que o progresso material e moral creou entre as nações. Ambas se explicam historicamente como meios ou de afirmar a necessidade dum direito *commum* geral que discipline as relações internacionaes (WOLF) ou de protestar contra a intervenção arbitraria dum estado na direcção social e politica doutro estado (VATTEL); mas, porque ambas se desviam da realidade, ambas tambem foram abandonadas depois duma analyse mais profunda da vida internacional.

A observação mostrou que a vida historica das nações nem tendia para a subordinação de cada uma ao interesse de todas, nem se dirigia para a caprichosa independencia de cada uma com a veleidade de manter ou recusar relações internacionaes, mas caminhava no sentido de as conduzir a um estado de progressiva *interdependencia*, pela troca de productos, pela reciprocidade de ideias e pela solidariedade de interesses. Porisso, escreve CATELLANI: «á ideia da autonomia de cada estado o seculo XIX substituiu a da interdependencia de todos os estados»¹.

A nova ideia ganhou terreno e pode dizer-se que ella tem dominado ultimamente os mais illustres representantes da sciencia do direito internacional, que nem se decidem pelo predomínio da força nacional, nem tão pouco pela preponderancia da força cosmopolita, mas apresentam a sua coordenação como o resultado das tendencias historicas da evolução intersocial. Assim pensam F. DE MARTENS², LORIMER³, HOLTZENDORFF⁴,

¹ *Ob. e log. cit.*

² *Ob. cit.*, pagg. 265 e segg.

³ *Principes de droit international*, trad. de Nys, pag. 11.

⁴ *Introduction*, pagg. 30 a 42.

PILLET¹, DESPAGNET², LAPRADELLE³, e outros⁴, os quaes baseiam o direito internacional na communiidade das nações; na sua interdependencia, em vez de o fundarem na soberania de cada uma ou na dependencia de todas.

Dos escriptores citados mencionaremos em especial DE MARTENS, PILLET e LAPRADELLE, por serem daquelles que, segundo o nosso conhecimento, melhor puseram em relevo o principio coordenador da communiidade e da interdependencia dos estados.

O pensamento de DE MARTENS transparece claramente destas palavras: «A necessidade duma vida internacional pacifica e organizada deriva da necessidade de relações internacionaes. A ordem e o direito nesta esphera são fundados sobre a *communiidade internacional* e não sobre a soberania dos estados. A communiidade internacional é a união *livre* dos estados com o fim de conseguirem, pelos seus esforços communs, o pleno desinvolvimento das suas forças e a satisfação das necessidades legitimas. A reunião das regras juridicas a que é submittida a realização da ideia da communiidade internacional constitue o direito da communiidade internacional. É propriamente o direito internacional»⁵.

PILLET, através duma analyse profunda das relações dos estados que vivem em communiidade internacional, verificou que esta representa uma visivel limitação da independencia dos mesmos estados, pois que estes não procedem arbitrariamente, — a) nem na escolha do seu governo e da sua administração, que procuram organizar de modo que fique assegurado o cum-

¹ R. D. I. P., 1894, pagg. 1 e segg., e 1898, pagg. 66 e segg.

² Ob. cit., pagg. 4 e 47.

³ R. D. I. P., 1901, pagg. 272 e segg.

⁴ Vid. BIGLIATI, ob. cit., pagg. 309 e segg.

⁵ Ob. cit., pag. 266.

primento das obrigações internacionaes para poderem obter o reconhecimento por parte dos outros estados, *b*) nem no exercicio do poder legislativo, pois não impõem todas as suas leis aos estrangeiros, antes reconhecem e cumprem para muitos effeitos as leis do seu país, ou do país do seu domicilio, como as leis reguladoras do estado e da capacidade, *c*) nem na direcção das relações exteriores, já que a sua politica externa está subordinada ao respeito dos direitos das outras nações e ao cumprimento das obrigações com ellas contraídas, nomeadamente as obrigações estipuladas em tratados, *d*) nem no caso de conflicto entre o direito nacional e do direito internacional ou no caso de duvida de qual delles deverá applicar-se, pois que em qualquer dos casos devem determinar com precisão a medida das obrigações internacionaes e só depois fixar o grau de competencta do seu direito, — e, porisso, o estado apparece-lhe na sociedade internacional, não como um *senhor*, mas como um membro da associação, um *subdito*, entre *eguaes*, dos inieresses communs da sociedade das nações. E porque assim é, depois de mostrar como a civilização tem limitado a independencia dos individuos e dos estados, adscrevendo a sua vida ás exigencias duma constante mutualidade, synthetiza nestes termos as suas ideias: «Uma mesma lei governa, pois, a vida dos individuos e dos povos — *a lei da interdependencia*, e, tanto mais esta vida se aperfeiçoa, quanto mais a interdependencia se torna constante e pesada. Tanto uns como os outros só pela alienação da sua liberdade participam dos beneficios da civilização. Mas não será um beneficio esta alienação necessaria da liberdade? A liberdade só tem valor quando permite ao homem desinvolver melhor as suas faculdades... Emquanto, pois, uma limitação da liberdade tem como effeito favorecer o desenvolvimento da actividade individual ou nacional, pode dizer-se que semelhante limitação é boa, util á causa mesma da liberdade. A esse titulo, a interdependencia, *lei*

social da nossa epoca, vale mais que uma independencia barbara, e, longe de pretender dissimular a nossa situação real, devemos confessá-la bem alto como um progresso e como um bem»¹.

LAPRADELLE, por fim, estudando profundamente a *questão chinesa*, questão que se resume, a seu ver, nas pretensões encontradas da Europa e da China, enquanto esta nação se julga com o direito de negar á Europa a utilização e a participação nas suas riquezas excessivas e desaproveitadas, e enquanto a Europa lhe contesta esse direito, põe em evidencia a necessidade de substituir a theoria classica que baseava o direito internacional na independencia do estado e lhe dava um carater todo negativo, reduzindo-o fundamentalmente á garantia do respeito daquella independencia, por uma theoria nova que dê ao direito internacional uma feição positiva, o considere como a disciplina juridica da acção mutua dos estados e da sua solidariedade funcional, e consagre, ao lado dos deveres internacionaes de respeito, deveres internacionaes de cooperação, theoria que, aliás já vae dominando os espiritos pela substituição lenta e progressiva da theoria da independencia dos estados pela theoria da sua interdependencia e pela preparação dum trabalho todo novo que tende a fazer passar o direito internacional da abstenção á acção, da separação á assistencia, e receberá da questão chinesa um eficaz impulso, enquanto por seu turno facilitará o exito europeu em tão alta questão².

É, pois, certo que a orientação do pensamento contemporaneo se tem definido no sentido duma coordenação dos diferentes estados dentro da sociedade internacional em termos taes, que todos se considerem juridicamente eguaes numa fatal de-

¹ *R. D. I. P.*, 1898, pag. 89.

² *R. D. I. P.*, 1901, pagg, 335 e segg.

pendencia reciproca, o que tudo se traduz nitidamente na ideia da interdependencia.

E é tal o peso desta ideia, que — o proprio CATELLANI, todo dominado pelo conceito da independencia dos estados, confessa que a interdependencia de estados eguaes seria um meio justo de organizar a sociedade internacional, — MÉRIGNIAC, explicando as limitações da soberania do estado, na ordem internacional, como manifestações da vontade do mesmo estado com a applicação do principio de JELLINEK denominado *auto-limitação*, diz claramente que o estado contemporaneo, em face das exigencias sempre maiores da communitate internacional e das ideias de solidariedade e de humanidade cada vez mais desenvolvidas, deve conformar-se com o direito internacional como uma condição vital, pois não pode aspirar senão a uma independencia e uma liberdade compatíveis com a independencia e com a liberdade dos outros estados e com os *laços* que unem os estados entre si, — e muitos dos mesmos positivistas evolucionistas cujas doutrinas podem conduzir ao primado politico dos estados fortes, quando falam das relações internacionaes, incoherentemente annunciam como imminente o reinado da justiça e da egualdade na sociedade internacional governada por uma lei immutavel de paz ¹.

Percorrido o estudo da evolução da communitate internacional e do seu direito regulador tanto na sua manifestação nos factos da vida internacional como na elaboração do trabalho scientifico, procuraremos synthetizar agora, dum modo geral, as tendencias que descobrimos na historia das sociedades e na marcha do pensamento scientifico.

Ainda que por um caminho accidentado de desvios e dificultado por attritos historicos, as sociedades humanas têm

¹ *Rev. cit.*, pagg. 411 e 413; MÉRIGNIAC, *ob. cit.*, pag. 221.

seguido uma linha de aproximação progressiva e constituido uma comunidade internacional, produzida pelo movimento da civilização e cada vez mais indispensavel á conservação e ao desinvolvimento das nações. Na curva do seu movimento encontram-se afastamentos causados por uma acção mais forte da força nacional ou por uma reacção mais energica da força cosmopolita; contudo, mais tarde ou mais cedo, o equilibrio vae-se restabelecendo e a vida internacional procura constantemente, como estado normal, a combinação natural daquellas duas forças.

A operar a coordenação dos interesses que se encontram e das actividades que se cruzam dentro da comunidade internacional, apparece o principio organizador por excellencia de todas as collectividades humanas, formandõ-se o direito internacional, cuja funcção se resolve em introduzir a ordem e a harmonia nas relações dos estados pela adaptação de cada um delles ao novo meio da sociedade das nações.

E semelhante adaptação, inconsistente na dependencia e na subordinação e impossivel na independencia e no isolamento, só se opera regularmente na interdependencia, que é a egualdade na reciprocidade das relações.

O movimento das ideias dirige-se no mesmo sentido.

Ao pensamento subordinador de WOLF contrapõe-se o conceito isolador de Vattel, e, finalmente, a ambos substitue-se a ideia coordenadora dos auctores contemporaneos.

Factos e ideias, pois, tudo conspira para dar á sociedade internacional uma organização que assente fundamentalmente nos dois principios da egualdade e da reciprocidade de direitos e obrigações.

As tendencias e os conceitos exclusivos da dependencia e da independencia serão por fim dominados pela tendencia e pelo conceito da interdependencia e o direito internacional exercerá na sociedade dos estados uma funcção positiva disciplinadora da cooperação e da assistencia internacional.

CAPITULO II

Principios fundamentaes

§ I.

Fundamento e natureza do direito internacional ¹

SUMMARIO : — 8. Genese, base scientifica e natureza positiva do direito internacional. Significado e valor do direito internacional scientifico. — 9. Natureza *juridica* do direito internacional. Razões adduzidas contra a sua existencia scientifica. — 10. O direito internacional e a falta dum poder legislativo que o declare. — 11. O direito internacional e a falta dum tribunal que o interprete e applique. — 12. O direito internacional e a falta duma sanção que lhe dê efficacia pratica. — 13. Apreciação final do problema.

8. As breves investigações historicas que temos feito são decisivas para a determinação da genese e do fundamento

¹ FIORE, *ob. cit.*, pagg. 103 e segg.; PRADIER, *Traité de droit international européen et américain*, tom. I, pagg. 26 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 10 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 38 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 18 e segg.; LAWRENCE, *Principles*, pagg. 10 e segg.; SIOTTO-PINTOR, *ob. cit.*, pagg. 39 e segg.; MICHEL, *Contribution à l'étude de la sanction du droit international*, *R. D. I.* vol. XXIX, pagg. 113 e segg.; NYS, *Les origines*, pagg. 1 e segg., e *Le droit international*, pagg. 32 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, pagg. 72 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 18 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 33 e segg.; ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, pagg. 25 e segg.; GROPPALI, *I*

científico do direito internacional. Foi o producto da aproximação gradual dos estados no movimento de civilização que pouco e pouco os relacionou, tornando cada vez mais intensa a sua influencia reciproca, apertando sempre a communhão dos seus interesses, conduzindo-os ao exercicio em commum de uma actividade progressivamente maior, constituindo-os, emfim, em sociedade internacional, dentro da qual coexistem e cooperam na realização do seu destino; e encontra a sua base objectiva no facto innegavel e necessario, no dizer de BONFILS, duma comunidade duradoira e juridicamente reconhecida, existente entre os estados que atingiram ou excederam um certo grau de civilização ¹.

O processo da formação historica do direito internacional ainda conduz á determinação da sua natureza positiva.

Este direito foi um producto da tendencia espontanea dos estados para regularem a sua conducta nas relações internacionaes e appareceu quando nelles se formou a consciencia commum da necessidade de cumprir como obrigatorios alguns preceitos geraes disciplinadores da sua acção reciproca.

As suas regras são, assim, regras positivas, porque são apoiadas nos factos da vida internacional, um resultado da coexistencia e da cooperação dos estados, e não um derivado de simples abstracções doutrinarias. Existem porque os factos as determinam, a consciencia geral sente e reconhece a sua necessidade e á vontade commum dos estados as constitue taci-

caratteri differenziali della moralità e del diritto, Verona, 1901, pagg. 221 e segg., e *Il problema del fundamenta intrinseco del diritto*, Torino, 1905; CAVAGLIERI, *ob. cit.*, pag. 19; etc.

¹ *Ob. cit.*, pag. 5.

lamente pelo costume ou expressamente pelos tratados, e não porque a razão especulativa as crie arbitrariamente. Ainda os philosophos não tinham construido systema algum de organização das relações internacionaes e já nestas se sentia a tendencia dos estados para organizarem juridicamente a sua conducta reciproca.

Foi porisso que os *primeiros* fundadores da sciencia do direito internacional, embora sob a tutela do direito natural, tiveram de reconhecer a existencia dum direito internacional positivo derivado do consentimento *tacito* ou expresso dos estados, e o idealismo de PUFENDORF e da sua escola teve de ceder á evidencia dos factos no desinvolvimento progressivo das tendencias positivistas, as quaes foram determinadas pela circumstancia de os estados se não guiarem por abstracções, mas pelos *usos* e pelos *tratados*, nas suas mutuas relações¹. E esta nova orientação positivista dos espiritos, no que tinha de razoavel, levou ao estudo do direito internacional praticado pelos estados e á observação attenta dos factos da vida internacional, e, no que revistia de excessivo, conduziu á fixação do valor e do significado do direito internacional theorico e á determinação da verdadeira funcção do trabalho scientifico na formação do direito internacional.

Com effeito, firmou-se pouco e pouco o conceito de que a observação dos factos devia ser a base do estudo de todos os internacionalista e prevaleceu por fim a ideia de que o direito internacional theorico já não podia ser uma concepção puramente racional e *a priori*, mas a systematização e a critica do

¹ «Quando se diz, nota RIVIER, que o direito internacional é um direito positivo, pretende-se significar com isso que elle se apoia sobre factos e sobre realidades e que é obrigatorio, prescripto e estabelecido como tal, não por leis, mas pelo costume e pelos tratados (*Principes du droit des gens*, 1, pag. 19).

direito positivo já applicado e a sciencia positiva da previsão dos seus progressos bem como da indicação dos meios de dirigir as suas transformações.

Em verdade, segundo os conceitos que prevaleceram e hoje são correntes, a sciencia do direito internacional tem uma triplice missão a cumprir. Primeiro, organizar uma synthese dos principios positivos reguladores das relações internacionaes: depois, criticá-los, distinguindo os que se harmonizam e os que repugnam ás condições reaes da vida internacional; por ultimo, estudando e interpretando as necessidades da communiidade internacional, apontar a criação de novos institutos e indicar a pratica de novos preceitos para a melhor garantia dos interesses geraes num determinado momento historico das relações internacionaes.

Collocada assim num campo de verdadeiro relativismo, a sciencia do direito internacional não pode formular principios absolutos e immutaveis, mas deve fazer entrar sempre como coefficiente das suas conclusões o modo de ser da sociedade internacional sobre que recaír a sua observação.

Nestas condições, o trabalho scientifico exercerá uma effizacção dirigente e transformar-se-á num factor positivo do progresso das instituições do direito internacional¹.

9. Se bem que baseado nos factos e firmado na consciencia commum dos povos, o direito internacional não entrou sem protesto no quadro das sciencias juridicas, nem ahi se conserva pelo suffragio universal dos escriptores. Muitos lhe têm contestado a sua natureza juridica, vendo nelle apenas uma especie de moral das relações internacionaes e alguns têm proposto que se abandone a expressão incorrecta — direito in-

¹ HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 26 e 120; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 48.

ternacional e se use um termo mais em harmonia com a sua natureza, dando-lhe AUSTIN a designação de «*moral internacional positiva*»¹ e chamando-lhe SIOTTO-PINTOR «*Sciencia ethica das relações intersociaes*»².

Indispensavel é, pois, inventariar os motivos que determinam a attitude destes escriptores e medir o valor dos seus raciocinios.

É examinando o organismo juridico nacional, tal como elle funciona nos estados civilizados, e comparando-o com o que se passa na sociedade internacional, que, em geral, os escriptores combatem a existencia dum direito regulador das relações entre os estados.

Assim, nas sociedades nacionaes :

a) ha um poder soberano que formula o direito e lhe dá, com o sêllo da sua auctoridade, a garantia da sua realização, e ha uma lei, um codigo, que dicta, dum modo claro, os seus preceitos obrigatorios ;

b) ha um tribunal que applica e interpreta os preceitos juridicos e define numa sentença executoria ou os direitos e obrigações duvidosos ou a responsabilidade dos perturbadores da ordem juridica ;

c) ha, finalmente, uma auctoridade coerciva que obriga ao cumprimento dos preceitos juridicos, triumphando pela força das resistencias dos individuos, e assegura a execução das sentenças proferidas pelo poder judiciario.

Ora tudo isto falta na sociedade internacional :

1.º) falta um legislador soberano que dicte a lei aos estados, lhe imprima o cunho da sua auctoridade e formule com clareza um codigo internacional, pois que os mesmos esta-

¹ WESTAKLE, *ob. cit.*, pag. 14.

² *Ob. cit.*, pag. 167.

dos não reconhecem um superior *commum* que exerça essas funcções ;

2.º) falta um tribunal universal obrigatorio e regularmente organizado que resolva os conflictos internacionaes ;

3.º) falta uma sancção juridica, pois não existe uma força publica devidamente organizada que faça respeitar o chamado direito internacional.

Portanto, concluem, normas de conducta que um legislador não formula, um tribunal não applica e uma auctoridade não faz respeitar, não são preceitos juridicos, porque lhes faltam os caracteres geraes destes preceitos.

Ponderemos estas observações e procuremos determinar se ellas serão decisivas da condemnação do direito internacional como disciplina juridica.

10. O direito internacional não existe, porque falta um poder legislativo que o formule numa lei e lhe imprima o cunho da sua auctoridade, eis a primeira objecção.

Quem assim argumenta esquece a genese do direito, esquece as primitivas fórmas da sua manifestação, esquece a verdadeira funcção dos legisladores e até esquece a significação de muitos factos da vida internacional.

Esquece a genese do direito, pois que este não começou por uma declaração solemne dum poder legislativo, mas foi um producto da convivencia social e por muito tempo se conservou apenas nos costumes.

A vida social suppunha necessariamente um certo numero de condições indispensaveis á sua conservação e ao seu desenvolvimento. Os membros dos grupos sociaes respeitaram essas condições, crearam preceitos de conducta que as garantissem e cumpriram espontaneamente esses preceitos. E esta tendencia dos grupos para o reconhecimento dum minimo de condições de vida collectiva, pela criação inconsciente de normas

de conducta social, foi a primeira manifestação do direito, força insita de todas as sociedades, que regula e garante as condições necessárias à sua conservação e ao seu desenvolvimento. É por isso que o direito existe sempre que a consciencia colectiva dum grupo social considera uma regra de conducta como norma necessaria das relações dos individuos do mesmo grupo. O direito appareceu muito antes dos legisladores e foi consuetudinario muito tempo antes de revestir a fórma de lei escripta. E, desde que houve legisladores, não tiveram estes por missão crear arbitrariamente o direito, mas definir e declarar preceitos, cuja necessidade, clara ou confusamente, a consciencia social já sentia.

Conseguentemente, da ausencia dum legislador soberano na sociedade dos estados nada pode inferir-se contra a existencia do direito internacional. Tambem o direito nacional por muito tempo não foi legislado e, ainda hoje, as legislações mais ou menos admittem o costume como uma fonte de direito. O mais que podia concluir-se, era que o direito internacional se encontra num grau de desenvolvimento inferior relativamente ao direito nacional ¹.

Mas, mesmo essa inferioridade não é tão grande como á primeira vista podia parecer.

A convivencia internacional e as relações dos estados são tão necessarias, que por muitas vezes os mesmos estados se têm reunido em congressos e conferencias para definir os principios reguladores das suas relações, constantemente celebram tratados para regular os seus interesses communs ², e são já muitos os casos em que tem sido reconhecida expressamente pelos governos a existencia do direito internacional.

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 13 e segg.

² *Supra*, pagg. 44 e segg.

Assim: no congresso de Aix-la-Chapelle de 1818 declaram os soberanos que, nas suas relações com os outros estados, nunca se afastarão «*da observancia rigorosa do direito das gentes*»; no tratado de Paris de 1856 admite-se a Turquia a participar das vantagens do *direito publico europeu*; os signatarios deste tratado affirmam, na declaração de 16 de abril do mesmo anno, a existencia do direito maritimo em tempo de guerra e procuram submetter, sob esse ponto de vista, as relações internacionaes a principios fixos; o tratado de 8 de maio de 1871, entre os Estados Unidos e a Inglaterra, para resolver pela arbitragem a questão do *Alabama*, decide que os arbitros se dirijam pelos *principios do direito das gentes*; a lei italiana de 13 de julho de 1871, chamada das *garantias*, concede aos representantes dos governos junto da Santa Sé todas as prerogativas e immunidades que pertencem aos agentes diplomaticos *em harmonia com o direito internacional*¹; e a Conferencia da paz conclue e assigna a convenção para a resolução pacifica dos conflictos internacionaes, porque reconhece a solidariedade que une os membros da sociedade das nações civilizadas e deseja alargar o imperio do *direito* e fortalecer o sentimento da *justiça internacional*². A vida internacional impõe-se como uma condição de existencia dos estados civilizados e impõe a necessidade duma ordem juridica nas relações dos povos. Os congressos, as conferencias, os tratados, as declarações, são symptomas claros de que a força do direito se manifesta nas relações internacionaes, domina a vontade dos povos civilizados e procura uma organização regular.

11. Depois da falta dum legislador, impressiona alguns es-

¹ BONFILS, *ob. cit.*, pag. 13; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 8 e segg.

² Carta regia n.º 1 de 25 de agosto de 1900.

piritos a ausencia dum tribunal que applique o direito internacional.

Ainda o empirismo a escurecer a funcção do tribunal na vida do direito e a não deixar interpretar rigorosamente as tendencias das sociedades modernas. O tribunal começou por ser apenas um *regulador* da força do individuo na defesa dos seus direitos, um assistente ao debate passado entre particulares, como o mostra o systema das *legis actiones* em Roma e o duello judiciario na idade media, e ficou sempre como um *declarador* do direito em casos singulares, e não como um creador de normas juridicas. O direito é anterior ao tribunal e não é deste que depende a sua existencia. «É essencial, escreve DESPAGNET, compenetrarmo-nos bem da ideia de que o direito positivo não se fórma pelo concurso de tribunaes encarregados de o applicar, mas pelo assentimento geral em acceitar e cumprir as suas disposições. É em virtude deste assentimento geral, reforçado pelo habito e pela educação num meio social determinado, que o direito conserva a sua auctoridade soberana e recebe a sua applicação ordinaria, o que lhe dá o character dum verdadeiro direito positivo. A intervenção dos tribunaes não é e não pode ser senão uma excepção, pois o seu poder nunca seria bastante para resistir a uma opposição absoluta das massas; não passa dum progresso de organização social, que permite á collectividade esclarecer, por meio de juizes, os casos de apreciação difficil e triumphar das resistencias dalguns ao direito geralmente admittido»¹. A adhesão aos preceitos do direito internacional pelo sentimento da sua necessidade, e não a existencia dum tribunal sentenciador na ordem internacional, é que lhe confere a natureza dum direito positivo. E provas de clara adhesão já nós as encontra-

¹ *Ob. cit.*, pagg. 46; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 16 e segg.

mos nos congressos, tratados e declarações acima citados, e outras encontraremos á medida que formos estudando os problemas do direito internacional.

Mas é tão significativo o assentimento commum aos principios do direito internacional, que, de longe, os estados têm recorrido á constituição de tribunaes de arbitragem internacionaes para a resolução juridica dos conflictos entre elles levantados, e por ultimo constituiram na Haya o tribunal permanente de arbitragem certamente porque a arbitragem, que é o resultado da convicção de que o direito deve reinar nas relações internacionaes, se tornou cada vez mais frequente e o tribunal arbitral como que se transformou já numa instituição indispensavel á ordem internacional¹.

Portanto: nem o tribunal deve considerar-se como a causa geradora do direito e, como tal, elemento decisivo da sua existencia, mas apenas como uma das fórmias progressivas da sua organização, o que mostra que a sua falta na ordem internacional não seria motivo para contestar a existencia dum direito regulador das relações dos estados; nem o tribunal deixa já de apparecer para resolver os conflictos levantados na pratica destas relações. Como aconteceu com as sociedades nacionaes, que substituíram progressivamente o tribunal á acção directa do individuo na defesa dos seus direitos, a sociedade internacional tende a substituir pela resolução pacifica da arbitragem a resolução violenta dos conflictos de estados.

12. A falta duma sancção coactiva é, no pensar de muitos escriptores, HOBBS, PUFENDORF, SCHOPENHAUER, ARDIGÒ, AUSTIN, E. CIMBALI, GUMPLOWICS, LAGHI, LASSON, SIOTTO-

¹ Supra, pagg. 48.

PINTOR, etc.¹, a razão decisiva da inexistencia scientifica dum direito internacional. A sancção do poder é para elles o elemento caracteristico do preceito juridico, ou, no dizer de AUSTIN, a quinta-essencia do direito, a condição *sine qua non* da sua existencia diferenciada das demais normas de conducta social. Não sendo acompanhados os chamados preceitos do direito internacional daquela sancção, não são preceitos juridicos, mas simples preceitos de ordem moral.

O raciocinio atravessa assim, dois momentos, o da affirmacção theorica de que a sancção do poder é o elemento differencial do direito, e o da observação pratica da falta dessa sancção na ordem internacional.

Ainda neste ponto nos parece que os impugnadores do direito internacional :

a) se determinaram por simples apparencias e exterioridades, em vez de analysarem a natureza intima do direito ;

b) viram este no estado anormal da sua violação, em vez de o encararem no modo de ser regular da sua realizacção normal ;

c) finalmente, não desceram á observação attenta e profunda dos factos da vida intersocial, para por elles verificarem o grau de força obrigatoria dos preceitos do direito internacional.

a) Levantar a sancção do poder á altura do elemento differencial e decisivo da existencia do direito, é adoptar um criterio empirico e superficial para a determinacção da natureza do mesmo direito, pondo de parte a investigacção scientifica da sua genese natural e da sua genese historica.

É commodo dizer que o direito existe quando uma sancção

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 42; GROPPALI, *ob. cit.*, pag. 222.

coactiva acompanha um preceito de conducta social, mas só o jurisconsulto superficial pode ficar satisfeito com semelhante doutrina. O critico, o homem de sciencia, o legislador, perguntam naturalmente quando e porque um preceito ha de ser revestido de sancção coactiva e quando e porque ha de deixar de o ser. E, diante da mudez duma theoria que não sabe responder-lhes, procuram certamente um criterio que melhor determine e differencie os preceitos juridicos.

E onde encontrá-lo? No arbitrio do legislador? Impossivel, porque as sociedades são factos naturaes e não productos artificiaes das velleidades do poder. Necessario é, pois recorrer a um criterio que se harmonize com o modo de ser das sociedades, como realidades historicas, na sua conservação e no seu desenvolvimento evolutivo. E deve ser, portanto, a observação attenta dos factos sociaes o processo natural para encontrar o indispensavel criterio. Procurêmo-lo.

Mostra a observação que as sociedades se conservam e desenvolvem pela existencia dum certo numero de condições que tornam possiveis as relações entre os individuos. O respeito mutuo da integridade physica do homem, o exercicio da actividade individual em ordem á aquisição dos meios de existencia, qualquer que tenha sido a fórma primitiva da organização da propriedade, o respeito da integridade moral quando o desenvolvimento psychológico tornou delicada a sensibilidade e a áffronta injuriosa pareceu um factor de perturbação e desordem, a boa fé na realização dos contractos e o cumprimento integral das obrigações convencionaes quando a divisão do trabalho, a differenciação das culturas, a localização das differentes industrias e o progresso da civilização multiplicaram e tornaram necessarias as relações economicas, todos os meios, em summa, que successivamente foram considerados indispensaveis á regularidade das relações sociaes, transformaram-se em outras tantas condições impreteriveis da conser-

vação e do desinvolvimento das sociedades. Os grupos sociaes sentiram gradualmente a necessidade de manter e assegurar estas condições de existencia, crearam espontanea ou reflectidamente preceitos de conducta que as garantissem, attribuiram-lhes força obrigatoria e legitimaram a reacção contra aquelles que os violassem. Estes preceitos, que eram evidentemente a manifestação da força especifica da organização das sociedades, foram, afinal, os elementos formadores do direito, que é exactamente o principio regulador e a garantia das condições indispensaveis á conservação e ao desinvolvimento das sociedades. As collectividades humanas crearam-os e cumpriram-os espontaneamente e reagiram contra os seus violadores. A reacção foi a sancção dada aos mesmos preceitos, e, porisso, não é esta um factor mas um producto das manifestações do direito. O direito existiu sempre que sobre condições vi-taes da existencia social se crearam preceitos de conducta de cumprimento obrigatorio e a sancção coactiva só tem naturalmente apparecido nos casos singulares de violação desses preceitos. A coação ou coercibilidade suppõe e completa, mas não cria as normas juridicas. A coercibilidade, emfim, não é o direito, mas um meio de o tornar effectivo ¹.

Nem se pense que a reacção contra os violadores dos preceitos juridicos foi sempre confiada ao poder social. Como o provam as instituições juridicas das sociedades primitivas, semelhante reacção foi a principio deixada ao individuo ou á familia do individuo em quem se concretizava a violação. Como signal de progresso, o poder publico intervem, mas apenas para assistir ao debate entre os interessados, e só mais tarde é que um tribunal mais ou menos regular chama a si o conhecimento da violação.

¹ ANZILOTTI, *ob. cit.*, pag. 61.

Conseguentemente, o criterio discriminador dos preceitos juridicos, longe de se encontrar na sancção do poder, que não passa dum accidente da vida do direito, está no character obrigatorio dos preceitos cujo cumprimento foi considerado necessario á conservação e ao desinvolvimento das sociedades. Um preceito é, pois, juridico desde que assegura uma condition de existencia considerada pela collectividade como indispensavel á vida social num determinado momento historico e como devendo ser garantida por uma norma de conducta de character obrigatorio.

Basta, porisso, que a comunidade internacional seja considerada como uma condition indispensavel da existencia progressiva das sociedades modernas, que as relações internacionaes sejam disciplinadas por preceitos de conducta intersocial, e que, finalmente, os povos civilizados adhiram a esses preceitos, os cumpram ordinariamente e tenham esse cumprimento como obrigatorio para conservação e desinvolvimento do grau de civilização que já attingiram, tres conditions de existencia indiscutivel perante a lição dos factos e das proclamações solemnes dos governos, para se poder dizer que existe um direito internacional ¹.

b) Uma causa de erro dos impugnadores da existencia scientifica do direito internacional foi a circumstancia de attenderem antes aos momentos anormaes da violação do direito, e não preferirem encarar este na sua realização normal.

Effectivamente, quem se habituar a ver o direito nos litigios judiciarios, nas execuções forçadas, nas condemnações penaes, emfim, no systema de meios creados e empregados para trium-

¹ CARNAZZA-AMARI, *Traité de droit international*, vol. I, pagg. 123 e segg.; OLIVI, *Diritto internazionale pubblico e privato*, pag. 20.

phar das resistencias dos inadaptados, facilmente se convence de que a força vital do direito está na coacção. Todavia, proceder assim, é formar convicções por indicações accidentaes e, porisso, cair fatalmente em erros grosseiros. A verdade é que a vida juridica se realiza a todos os instantes nas relações sociaes, que continuamente se cumprem de modo espontaneo preceitos juridicos, e que o recurso ao tribunal é uma excepção relativamente rara e a sancção do poder um facto ainda mais raro, recurso e sancção estabelecidos pela sociedade para esclarecer pontos obscuros ou reparar perturbações transitorias da parte daquelles que não *adaptam* a sua conducta á conducta geral dos seus consociados. A quasi totalidade dos individuos respeita a vida, a propriedade, a honra dos seus semelhantes e cumpre os seus deveres juridicos sem a intervenção do tribunal e da força publica.

Portanto, o direito tem a sua realização normal na vida quotidiana e a sua manifestação anomala nos tribunaes e no recurso á auctoridade, e sobre normalidades e não em anomalias é que devem basear-se as convicções scientificas. E, quem se deixar guiar pelas normalidades juridicas da vida nacional, convence-se de que a sancção do poder é apenas uma revelação esporadica na vida do direito e não o seu elemento differencial, assim como a observação das relações dos estados na vida internacional certifica de que esta assenta e se passa dentro duma ordem juridica normal pelo convencimento geral de que representa uma necessidade commum e pelo cumprimento constante de preceitos derivados desse convencimento.

c) Mas os impugnadores do direito internacional, além de seguirem um criterio empirico na determinação dos preceitos juridicos e terem confundido o direito com as suas manifestações violentas e anomalas, ainda se esqueceram de que, na sociedade internacional, se falta uma sancção directa bem

organizada do seu direito regulador, ha já elementos duma sanção indirecta bastante efficaz, já apparecem prenuncios da organização duma sanção directa e é visivel uma tendencia bem manifesta no sentido de acautelar e reparar pacificamente as violações desse direito.

Elementos duma sanção indirecta encontramos-os nas diferentes circumstancias que desviam os estados da violação dos preceitos do direito internacional ou em virtude dos prejuizos que essa violação pode trazer-lhes ou das vantagens de que pode privá-los ¹.

Em primeiro lugar, a possibilidade da guerra e o receio dos seus resultados hão de deter muitas vezes as perturbações da ordem juridica internacional ².

Depois, a possibilidade de represalias mais ou menos tardias e a natural reacção immediata ou differida por parte das nações lesadas, são certamente um factor da honestidade dos estados na sua conducta internacional, porisso que semelhantes acontecimentos podem vir ferir os seus interesses num movimento natural de revindicta, ou immediatamente ou quando as circumstancias o permittam. O facto de os estados terem soffrido as consequencias das suas violencias fez dizer a SCHILLER que «a historia do mundo é o tribunal do mundo» e dá a razão por que o historiador allemão RANKE, quando THIERS perguntava aos allemães a quem faziam a guerra, se o imperio já tinha caído, lhe respondeu que os allemães faziam a guerra a Luis XIV!

Além disso, os estados que desejam fruir os beneficios re-

¹ CARNAZZA-AMARI, *ob. cit.*, pagg. 123 e segg.; MICHEL KEBEDGY, *R. D. Int. et leg. comp. (R. D. I.)*, vol. 29, pagg. 113 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 40 e segg.

² BONFILS, *ob. cit.*, pag. 13.

sultantes da comunidade internacional precisam evidentemente conservar-se nella e, portanto, cumprir os preceitos de direito sem os quaes semelhante communiãde se torna impossivel.

Ainda a solidariedade naturalmente estabelecida entre os estados que podem ser victimas de violações eguaes, a possivel resistencia commum de varios estados por meio de alianças ou colligações, as manifestações do corpo diplomatico, as advertencias dos outros estados, os bons officios das potencias amigas, são outros tantos obstaculos para qualquer estado violar o direito internacional e constituem elementos da sua sanccão.

Por ultimo, o direite internacional encontra uma nova forma de sanccão na acção exercida pela opinião publica na vida social contemporanea. A influencia da opinião publica nas questões internacionaes, posta em relevo por JAEQUEMINS, CARNAZZA-AMARI, MICHEL KEBEDGY, DESPAGNET, etc., é tão decidida, que determina ordinariamente nos governos a preocupação de não procederem senão em harmonia com as regras do direito internacional ou, pelo menos, de procederem de modo, que não sejam accusados do desprezo completo dessas regras. Os frequentes manifestos de que as potencias fazem preceder em nossos dias as empresas susceptiveis de provocar as criticas dos outros estados, nota DESPAGNET, são verdadeiras justificações mais ou menos sinceras, perante o tribunal da opinião publica, ou para a preparar em seu favor ou para evitar os seus protestos. É que o poder da opinião publica é hoje um facto incontestavel e, emquanto traduz as manifestações da consciencia geral do mundo civilizado, impõe os seus dictames aos governos dos estados que vivem na sociedade das nações e provoca com os seus protestos a reacção contra as violações da ordem juridica internacional.

Prenuncios da organização duma sanccão directa do direito

internacional, encontramos-os na intervenção collectiva das potencias para evitar ou reprimir violações dos preceitos desse direito, como aconteceu com a questão de Creta (1895-1899), em que as potencias intervieram diplomatica e armadamente para assegurar o respeito do direito internacional na regularização da situação da ilha¹, e por ocasião da insurreição dos Boxers e da feroz perseguição por elles promovida e levada a effeito contra os christãos e estrangeiros e contra as legações existentes em Pekim, perseguição que tambem determinou a intervenção diplomatica e armada das potencias «para reprimir, como nota WEISS, um attentado sem exemplo contra o direito das gentes²». Em ambos os casos se constitue e entra em acção um verdadeiro *poder internacional* para dar efficacia coactiva a preceitos reguladores das relações dos povos.

É, pois, verdade que os preceitos do direito internacional, se não têm ainda uma sancção coactiva regularmente organizada, analoga, por exemplo, á das regras do direito privado nacional, não deixam de possuir garantias de realização. Se cada um dos elementos de sancção indirecta, só de per si, não representa uma sancção sufficiente, o conjuncto de todos ou obsta ás violações ou determina um certo *castigo* dos violadores, o que será motivo para evitar novas violencias, e as primeiras revelações duma sancção directa são um signal evidente de que a consciencia geral do mundo civilizado vê naquelles preceitos mais alguma coisa do que simples regras de moral.

Mas a sociedade internacional tão convencida está de que

¹ BONFILS, *ob. cit.*, pag. 57; STREIT, *La question crétoise*, na *R. D. I. P.*, 1897, pagg. 61 e 446, 1900, pagg. 5, e 301, e 1903, pagg. 222 e 345.

² BONFILS, *ob. cit.*, pag. 53; WEISS, *ob. cit.*, pag. 73; LAPRADELLE, *Chronique internationale*, na *Rev. de droit pub. et sc. pol.*, 1903, pagg. 98 e segg.

a sua existencia depende duma solida base juridica, que, á semelhança do que aconteceu nas sociedades nacionaes, se encaminha para organizar regularmente a garantia do seu direito. É o que manifestamente significa o desinvolvimento progressivo da arbitragem internacional e todo o movimento do espirito contemporaneo no sentido de dar á sociedade internacional uma organização tal, que as relações dos estados offereçam um aspecto cada vez mais pacifico e os seus possiveis conflictos sejam resolvidos pela justiça e não pela força.

13. De tudo que deixamos dicto resalta a solução que damos ao problema da existencia scientifica do direito internacional.

A comunidade internacional tornou-se uma condição de existencia necessaria á conservação e ao desinvolvimento dos povos civilizados.

Estes, conduzidos pelas correntes historicas que inutilizaram as tendencias para o estado universal e destruíram a possibilidade do isolamento, chegaram a um estadio de relações que encontra a sua expressão na já indicada e significativa fórmula — autonomia na solidariedade, convenceram-se de que precisavam de viver numa constante interdependencia, e, espontanea ou reflexivamente, mediante a manifestação tacita ou expressa da sua vontade, normalizaram a sua conducta por preceitos communs cujo cumprimento assegura a persistencia regular da sociedade internacional.

Estes preceitos são evidentemente juridicos e positivos, pois foram creados para garantir uma condição vital dos povos modernos, assumiram na consciencia geral do mundo civilizado o character de normas imperativas da conducta reciproca dos estados, e encontraram na vontade commum dos estados o reconhecimento do seu character obrigatorio. Não são preceitos indifferentes á conservação e ao desinvolvimento das so-

iedades modernas, mas necesarios a este duplo aspecto da sua existencia. Assim se apresentam na convicção geral, assim se affirmam nas fórmulas de sanção que deixamos apontadas e assim se revelam na tendencia para assegurar cada vez melhor o seu cumprimento.

Affirmado nos costumes e formulado nos tratados, consagrado pelo assentimento e pela adhesão dos povos civilizados, realizado quotidianamente na pratica das relações intersociaes e até já em grande parte garantido contra os casos de violação tanto nas formas de sanção com que o vigoriza a consciencia commum, como na organização de tribunaes de arbitragem em que se procura uma solução justa dos conflictos entre os estados, o direito internacional destaca-se bem das normas *perfectivas* e *facultativas* da moralidade e manifesta claramente os caracteres das normas juridicas. Embora lhe falte um *poder juridicamente organizado* que formule os seus preceitos e não o acompanhe normalmente uma *coacção-força physica* que imponha, nos casos de violação, o seu cumprimento, tem a constituí-lo o *poder-vontade commum dos estados* que lhe imprime character obrigatorio, como um poder juridico real superior aos estados que expressa ou tacitamente estabelecem os seus preceitos, e a dar-lhe efficacia pratica o *poder-força psychologica* constituido pelos elementos de sanção indirecta acima referidos, que evolutivamente se traduziram e sempre mais se traduzirão no sentimento e na ideia do respeito das normas de conducta internacional necessarias á garantia das condições indispensaveis á conservação e desinvolvimento da comunidade internacional¹. Pode e ha de

¹ CARNAZZA-AMARI, *ob. cit.*, vol. I, pagg. 127 e segg.; VANNI, *Lezioni di filosofia de diritto*, pagg. 88 e 199; GROPELLI, *Filosofia del diritto*, pagg. 190 e segg.

progredir nas fórmulas de declaração, na espontaneidade do seu cumprimento e na defesa da violação das suas disposições, mas já não precisa de mudar de natureza para legitimar a sua entrada no quadro das sciencias juridicas. Repugnaria á realidade das coisas, notaremos com VANNI, dizer que um tratado concluido entre dois ou mais estados constitue uma relação de pura moralidade positiva ou que os tribunales que examinam e dirimem controversias internacionaes em harmonia com principios de direito e segundo formas juridicas pronunciam sentenças de caracter moral.

É notavel o pensador de IHERING, um dos que mais valor dão á coacção como elemento do direito, quando affirma que o caracter juridico do direito internacional não pôderia ser objecto duma duvida ¹, e são dignas de transcrever-se estas palavras de SAVIGNY: «Pode formar-se entre nações diferentes uma comunidade de consciencia juridica analoga á que o direito positivo cria no seio dum só povo. Tal é a base do direito das gentes. Estamos auctorizados a considerar este direito como um direito positivo, posto que seja uma formação juridica ainda incompleta ²».

Não é differente a opinião de VANNI, que no dizer de GROPELLI viu a verdadeira solução do problema, quando escreve: «Se por um lado o direito internacional está nas mesmas condições em que se encontra o direito de cada povo antes de attingir o seu pleno desinvolvimento, representando, porisso, uma formação incompleta e imperfeita, por outro lado não pode afirmar-se que elle permanece nos dominios da moral, pois que no curso da evolução se observa a realização dum processo pelo qual as normas reguladoras das relações entre

¹ *Zweck in Recht*, I, pag. 223.

² *Système de droit romain*, vol. I, § 11.

os estados foram assumindo caracteres taes, que já não é permitido confundí-las com a ethica»¹.

Concluiremos, com IHERING, que não pode duvidar-se da natureza juridica do direito internacional, embora pensemos, com SAVIGNY e VANNI, que elle não attingiu ainda o seu pleno desenvolvimento.

§ II

Fontes do direito internacional²

DIVISÃO I

Direito internacional consuetudinario

SUMMARIO : — 14. Character geral das fontes do direito internacional. Sua classificação : — o costume e os tratados. — 15. *Costume*. Noção e caracteres geraes. — 16. Importancia, vantagens e funcções do direito internacional consuetudinario. — 17. Meios de verificar a existencia e o alcance do costume internacional. — 18. Extensão da força obrigatoria do costume como modo de formação do direito internacional.

14. Baseado na existencia necessaria da comunidade internacional como condição de vida dos povos modernos e firmado

¹ *Gli studii di H. Summer Maine*, pag. 72, e *Lezioni* cit. pagg. 88 e 199.

² DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg 247 e 510 e segg.; CALVO, *ob. cit.*, vol. I, pagg. 134 e segg., e 158 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 79 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *Précis de droit international public*, vol. I, pagg. 20 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 63 e 527 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 22 e 455 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 78 e segg., e tom. II, pagg. 459 e segg.; RIVIER, *Principes de droit des gens*, vol. I, pagg. 27 e segg.; LAWRENCE, *Principles*, pagg. 91 e segg.; LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Principios de direito internacional*, Rio de Janeiro, 1902 e 1903, tom. I, pagg. 5 e segg.; NYS, *ob. cit.*, I, pagg. 144 e segg., e III, pagg. 18

na consciencia geral do mundo civilizado pelo assentimento *commum* em aceitar e cumprir os seus preceitos, o direito internacional tem como modos de formação as manifestações daquelle assentimento.

Duas são fundamentalmente essas manifestações — o assentimento tacito no *costume* e o assentimento expresso nos *trattados*. Sem um poder superior que dicte os preceitos da sua conducta reciproca, os estados só por alguns daquelles processos podem formar normas disciplinadoras das suas relações. Autonomos e solidarios, relacionam-se sem se subordinarem e regulam as suas relações por preceitos derivados da sua *voluntade commum* e esta não tem outros reveladores positivos alem da pratica consuetudinaria e da declaração expressa numa convenção formal.

15. O costume internacional representa a expressão tacita do accordo dos estados em se submeterem a preceitos obrigatorios *communs* reguladores das suas relações.

Este accordo revela-se pela pratica continuada, reciproca e geral de actos semelhantes. Quando os estados civilizados, em circumstancias identicas, procedem de modo similar e este procedimento se repete sempre que cada um delles se encontra nas mesmas condições, revelando a convicção da necessidade juridica duma norma de conducta internacional, está constituido o costume, está formado um preceito de direito internacional consuetudinario.

e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 52 e segg. e 501 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 79 e segg.; ANZILOTTI, *ob. cit.*, pagg. 37 e segg.; ICILIO VANNI, *ob. cit.*, pagg. 81 e segg.; BLUNTSCHLI, *Droit international codifié*, §§ 402 e segg.; FIORE, *Diritto internazionale codificato*, art. 614 e segg.; Sr. JOSÉ D'ALMEIDA, *Direito Internacional Publico*, pagg. 115 e segg.; WESTLAKE, *ob. cit.*, pagg. 274 e segg.

A existencia do costume exige, pois, continuidade reciproca e generalidade dos actos que o constituem. Continuidade reciproca para a sufficiente expressão da vontade dos estados; generalidade para traduzir a consciencia commum do mundo civilizado. Em taes condições, o costume revela uma tendencia da commuidade internacional, pois representa a convergencia espontanea dos estados para uma conducta commum, e satisfaz uma exigencia das relações intersociaes, porque disciplina a acção reciproca dos mesmos estados em alguma das manifestações da interdependencia em que a civilização os collocou.

16. O costume internacional tem exercido uma funcção de veras importante na formação do direito internacional e apresenta qualidades que convem accentuar para bem medir o seu valor como fonte deste direito.

A importancia da sua funcção claramente se depreende do facto de muitos principios fundamentaes e muitas instituições do direito internacional a elle deverem a sua origem e ainda hoje encontrarem no accordo tacito dos estados a garantia do seu reconhecimento e da sua observancia. As regras do direito internacional relativas á força obrigatoria dos tratados, á situação dos embaixadores, aos direitos dos soberanos em país estrangeiro, ao commercio maritimo internacional, ao direito da guerra, á fôrma externa dos actos juridicos, etc., são outras tantas formações do costume, que põem em relevo o seu valor pratico. «Pode dizer-se sem exaggero, escreve Nys, — os principios fundamentaes da ordem internacional assentam sobre os usos dos estados»¹.

Mas, se abundante nas suas regras, o direito internacional

¹ *Ob. cit.*, pag. 149.

consuetudinario tem incontestaveis vantagens que explicam a sua auctoridade e a sua força obrigatoria. Antes de mais, o costume, representando o concurso espontaneo da generalidade dos estados civilizados na fixação de regras de conducta internacional, assenta evidentemente na consciencia commum da reciprocidade dos interesses das nações e mostra que estas são dominadas pelo respeito commum do direito, o que dá aos preceitos consuetudinarios um decidido valor e garante efficazmente o seu cumprimento. Alem desta força, affirmada na generalidade e na permanencia da applicação dos seus preceitos, o costume apresenta a susceptibilidade dum progresso regular e continuo, podendo as suas regras acompanhar o movimento das ideias e dos factos e accommodar-se ao progresso da civilização e ás exigencias mudaveis da vida internacional. É a facilidade da evolução progressiva, na qual o costume internacional reflecte a acção dos factores moraes e scientificos que vão aperfeigoando a vida das nações. Esta evolução progressiva opera-se mediante dois processos em que se realiza a funcção do costume: o processo da *creação* de preceitos juridicos novos, que vêm satisfazer exigencias tambem novas da vida internacional; o processo da *revogação* dos preceitos juridicos existentes, quando a mudança das circumstancias aconselha aos estados um procedimento differente do seguido até então.

17. A par com as suas reconhecidas vantagens, tem o costume o inconveniente da incerteza e da falta de precisão, sendo muitas vezes difficil provar a existencia duma regra consuetudinaria e determinar com exactidão o seu alcance e a sua extensão. Semelhante inferioridade, justificando o receio de que os estados, em obdiencia á pressão das circumstancias politicas ou á suggestão dos seus interesses, possam negar a realidade duma regra estabelecida pelo costume ou contestar

o seu teor, torna necessaria e interessante a investigação dos meios de verificar a existencia e o alcance das regras do direito internacional consuetudinario.

Em primeiro logar, a historia das relações internacionaes será um auxiliar precioso para essa verificação, emquanto indica tanto a direcção do movimento geral das relações dos estados como a pratica por estes seguida nas differentes ordens de relações.

Depois, a historia dos tratados, que marcam muitas vezes o termo da evolução dum costume internacional, o exame dos documentos trocados pelos estados e que precedem, acompanham ou interpretam os mesmos tratados, a analyse dos papeis emittidos pelas chancellarias e relativos á acção internacional de cada estado, são elementos uteis para a determinação rigorosa dum costume internacional. A consulta destes documentos está hoje facilitada pela publicação, principalmente nos paises de regimen parlamentar, de grande parte das peças e correspondencias diplomaticas em livros especiaes, que os governos costumam apresentar ás camaras legislativas e que habitualmente se designam pela côr da sua capa, chamando-se em Portugal o *Livro branco*, em França o *Livro amarelo*, na Inglaterra o *Livro azul*, na Italia o *Livro verde*, na Austria o *Livro vermelho*, na Allemanha o *Livro branco*, etc. Convém, todavia, usar com prudencia destes livros, pois que elles nem sempre apresentam todos os documentos relativos a um negocio e por vezes podem deixar no escuro a verdade diplomatica¹.

Por ultimo, as obras dos jurisconsultos e os trabalhos dos publicistas, que observam e interpretam os factos da vida internacional, analysam e criticam os preceitos seguidos na pra-

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 66 ; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 28 ; PIÉDELIEVRE, *ob. cit.*, pag. 22.

tica dos estados, offerecerão ensinamentos valiosos para definir e precisar os costumes internacionaes.

18. As regras consuetudinarias formadas pela pratica dos estados civilizados obrigam naturalmente aquelles estados que com os seus actos concorreram para as produzir.

Mas limitar-se-á a elles a sua força obrigatoria ou abrangerá os que, não tendo participado na sua criação, venham a encontrar-se mais tarde numa situação semelhante á que levou os demais estados ao seu estabelecimento? Se esses estados por qualquer modo reconhecerem a existência de taes regras, evidentemente que estas são para elles obrigatorias. Mas, dada a significação dos costumes internacionaes, que representam a expressão da consciencia juridica dos povos, constituem a parte do direito internacional geralmente acceita e formam a ordem juridica em que assenta o conservação da communitade internacional, a sua força imperativa estende-se a todos os estados que dessa communitade fazem parte e nella querem manter-se como meio indispensavel á sua conservação e ao seu desinvolvimento. É assim que, notam alguns escriptores¹, os estados interiores devem respeitar o direito internacional maritimo e, quando um dia se tornem estados maritimos por um alargamento territorial ou por qualquer outra circumstancia, serão obrigados a cumprir os preceitos desse direito.

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 64; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 23.

DIVISÃO II

Direito internacional convencional

SUMMARIO:—19. Conceito geral de tratado. Suas designações.—20. Condições de existencia e de validade dos tratados. I Condições intrinsecas: α) capacidade dos estados contractantes; β) objecto dos tratados; γ) consentimento.—21. II Condições extrinsecas: forma dos tratados e seu valor.—22. Classificação dos tratados sob o ponto de vista da formação do direito internacional. Tratado-*contracto* e tratado-*accordo*; tratados *especiaes* e tratados *geraes* ou *collectivos*. 23. Tratados reguladores de direitos e interesses dos estados e tratados declaradores de preceitos de direito internacional.—24. Desenvolvimento progressivo do direito internacional convencional.—25. Amplitude da força obrigatoria e extensão dos effeitos dos tratados.—26. Execução, interpretação e garantia dos tratados.—27. Duração dos tratados.—28. Comparação entre o costume e os tratados. A direcção seguida pela evolução formal do direito internacional.

19. O segundo modo de formação do direito internacional é constituído pelos *tratados*¹.

¹ O texto dos tratados tem sido publicado em collecções tanto geraes como particulares de certos países, sendo o numero das collecções já bastante consideravel. Para facilitar o estudo do direito internacional convencional, indicaremos as principaes collecções geraes e as particulares referentes a Portugal.

Collecções geraes:

1.º) *Le corps universel diplomatique du droit des gens*, compreendendo os tratados concluídos desde 800 até 1730, publicado de 1726 a 1731 por JEAN DUMONT e completado por BARBEYRAC e JEAN ROUSSET.

2.º) O *Codex juris gentium recentissimi* de WENCK (Leipzig, 1781 a 1788), contendo os tratados celebrados desde 1735 a 1772.

3.º) O *Recueil général des traités*, começado por G. F. DE MARTENS em

O tratado é o accordo expresso entre estados, destinado a determinar e regular as suas relações.

Representa, porisso, o tratado a expressão mais nitida da natureza do laço *constitucional* que liga os estados no exercício da sua actividade commum, sendo a forma natural de regular as relações dos organismos politicos que, embora ligados pela

1791 e continuado por muitos publicistas, em ultimo logar por SAMWER, HOPF e STOECK, com o titulo de *Nouveau recueil général des traités*, o qual contém em series successivas os principaes tratados celebrados de 1761 até ao presente.

4.º) Os *Archives diplomatiques*, publicados desde 1880 sob a direcção de RENAULT, que contêm preciosas indicações acerca das relações diplomaticas.

5.º) O *Stats archiv*, publicado na Allemanha desde 1861.

6.º) *Recueil international des traités du XX.^e siècle, contenant l'ensemble du droit conventionnel entre les États et les sentences arbitrales*, publicado por DESCAMPS e RENAULT, de que já appareceu o tom. 1, relativo ao anno de 1901.

Collecções portuguezas :

1.º) O *Quadro elementar e o Corpo diplomatico portuguez* do VISCONDE DE SANTAREM, o qual empreendeu colligir tudo quanto tinha referencia ás relações politicas e diplomaticas de Portugal com os outros estados desde o principio da monarchia.

2.º) A *Collecção de tratados, convenções, contractos e actos publicos, celebrados entre Portugal e os demais estados desde 1640*, compilados, coordenados e annotados por J. F. BORGES DE CASTRO. Esta collecção é constituída por oito volumes e abrange os tratados celebrados até 1857.

3.º) O *Supplemento á collecção de tratados, convenções, etc.*, publicado por J. F. JUDICE BIKER em 22 volumes e que abrange até 1840.

4.º) A *Collecção de tratados da India*, publicada pelo auctor do *Supplemento* em 14 volumes e abrangendo até 1887.

5.º) A *Nova collecção de tratados, convenções, contractos e actos publicos*, compilados por ordem do ministerio dos negocios estrangeiros, que come-

solidariedade dos seus interesses e das suas tendencias, conservam a sua liberdade de acção e a sua autonomia soberana.

Se bem que se empregue a palavra *tratados* num sentido generico para designar quaesquer accordos entre os estados tendentes a crear entre elles relações juridicas, usa-se, comtudo, a mesma palavra numa accepção mais limitada, como signifi-

çou a publicar-se em 1890 e é destinada á compilação dos tratados, etc. posteriores a 1840. Ainda só foram publicados cinco volumes, que abrangem de 1840 a 1879.

Os tratados posteriores a esta data podem ser lidos, até 1889, no *Diario do Governo*, ou na *Collecção Official de Legislação*, e, dahi em diante, nos mesmos logares e bem assim no *Annuario diplomatico e consular*, que os vae publicando á medida que elles são ratificados.

Por portaria de 1 de dezembro de 1888 foi encarregado o ministerio dos negocios estrangeiros de publicar, além da *Nova collecção de tratados*, uma synopse annual dos actos em vigor, contendo a menção da natureza do acto, a sua data e a do começo de execução, pagira do tomo da *Collecção de tratados*, da *Collecção official de legislação* e do numero do *Diario do Governo*, em que se ache, e bem assim do *Livro branco* que contenha os documentos da sua negociação. A ultima synopse publicada é de 1901, a qual contem a indicação dos tratados, convenções e actos publicos celebrados entre Portugal e os demais estados e que não foram denunciados ou expressamente revogados até 31 de dezembro de 1900. A synopse é destinada a facilitar a consulta dos tratados e actos publicos em vigor.

O conhecimento dos tratados é tão importante, que por varias vezes o Instituto do direito internacional, e ainda na sessão de Genebra de 1892, propôs a creação dum officio internacional, dotado pelos estados e encarregado de publicar os tratados e os documentos diplomaticos que lhe fossem communicados pelos governos. Todavia, esta indispensavel instituição ainda não foi organizada, embora della já se occupasse uma conferencia diplomatica reunida em Berne em 1894, o que torna muitas vezes difficil o conhecimento prompto, completo e certo dos tratados e dos documentos diplomaticos (Vid. DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 72; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 73).

cando os accordos mais importantes pelo seu objecto, pelo numero de estados que nelles tomam parte ou pela variedade de objectos a que se referem, assim como se usam outras expressões ou para designar os accordos de menor importancia ou aquelles que revestem um caracter particular. Essas expressões são: 1.º) *convenção*, que designa o accordo que tem por objecto questões especiaes e de caracter mais economico ou juridico do que politico, como o commercio, a navegação, a propriedade litteraria ou industrial, as attribuições dos consules, etc.; 2.º) *declaração*, que designa o accordo resultante da manifestação da vontade dum estado em harmonia com a manifestação da vontade doutro ou de mais estados, quer os estados interessados affirmem no mesmo acto quer affirmem em actos differentes a sua vontade commum sobre certos assumptos: 3.º) *capitulação*, que, significando etymologicamente um acto redigido por capitulos, exprime, em direito internacional convencional, o accordo que concede aos subditos dum estado certos direitos ou privilegios num outro estado e, numa accepção mais restricta, designa as convenções consulares com o imperio Ottomano e, por imitação, com os outros estados do Oriente, que tambem são convenções em que se concedem direitos e privilegios aos subditos dos países christãos; 4.º) *cartel*, que designa em geral o accordo negociado por agentes de ordem administrativa ou por commandantes do exercito sobre negocios particulares e secundarios ou urgentes e por uma delegação do seu governo ou em virtude de poderes inherentes ás suas funções, indica habitualmente um pacto concluido entre belligerantes ácerca da troca ou resgate de prisioneiros, levantamento de feridos, suspensão de armas, etc.; 5.º) *compromisso*, que exprime o pacto pelo qual é submettido a resolução arbitral um conflicto pendente entre dois ou mais estados; 6.º) *acto geral* ou *acto final*, que indica o accordo internacional por que acaba um congresso ou uma conferencia; 7.º) *protocollo*, que

designa o accordo resultante de dois ou mais estados assignarem, acceitarem e ratificarem o processo verbal que contem os resultados obtidos ou as deliberações tomadas no correr das negociações sobre uma determinada questão; 8.º e *união*, mais geralmente *tratado de união*, por que se intende o tratado colectivo em que um grupo maior ou menor de estados formula principios reguladores duma determinada ordem de relações internacionaes. Das designações apontadas, as mais geraes são as de tratado e convenção, que, apesar da differença acima estabelecida, se empregam muitas vezes indistinctamente.

20. A existencia dum tratado depende da conjugação de tres elementos: 1.º) um *elemento subjectivo* constituido pela concorrencia das vontades de dois ou mais estados que entre si pretendem estabelecer uma relação juridica contractual; 2.º) um *elemento objectivo* formado pelos interesses a que respeita essa relação; 3.º) e um *elemento productivo* representado pela *acção* ou manifestação daquellas vontades para accordeamente crearem um vinculo juridico. Desde que se reunam estes tres elementos, dão-se as necessariás condições de existencia dum tratado, o qual terá validade juridica desde que os estados tenham *capacidade* para o celebrar, desde que o seu *objecto seja possivel* e desde que os mesmos estados prestem o seu *consentimento* pela *fórma* estabelecida pelo direito internacional. Importa, porisso, estudar as condições de existencia e de validade juridica dos tratados, tanto as condições intrinsecas, ou os elementos sem os quaes um tratado não é possivel e que são a concorrencia de estados capazes, a existencia de objecto possivel e a prestação do consentimento, como as condições extrinsecas, ou a fórma que o tratado deve revestir.

a) CONDIÇÕES INTRINSECAS :

1.º *Capacidade dos estados contractantes*. A celebração de

tratados é uma das manifestações da soberania do estado e, porisso, são capazes para essa celebração todos os estados que tiverem a posse plena da soberania e deixarão de o ser mais ou menos aquelles que da mesma soberania estiverem tambem mais ou menos privados.

Nas suas mutuas relações, apresentam-se os estados como personalidades juridicas exercendo direitos e contraíndo obrigações, com uma capacidade juridica semelhante á dos individuos nas relações privadas.

Semelhante personalidade pertence aos estados e não aos seus chefes ou aos agentes diplomaticos, que não são mais que seus representantes, e é regida por um principio de egualdade em harmonia com a organização actual da commidade internacional, que apparece como a união *livre* dos estados para a consecução de fins communs e dentro da qual os mesmos estados se devem tratar como eguaes em todas as suas relações.

A personalidades internacional do estado baseia-se na *sobereania* ou o direito de o mesmo estado se organizar e governar, bem como de dirigir as suas relações exteriores, independentemente da subordinação a um poder superior que superintenda na sua vida interna ou externa.

A soberania nacional apresenta duas manifestações capitaes, geralmente designadas pelas expressões — soberania ou autonomia *interna* e soberania ou autonomia *externa*. A soberania ou autonomia interna manifesta-se nas relações estabelecidas entre o poder social e os membros da associação, exerce-se dentro dos limites do territorio e consiste no poder de uma nação se organizar e governar pelo modo mais consentaneo ás necessidades da sua conservação e do seu desenvolvimento. A soberania ou autonomia externa manifesta-se nas relações exteriores do estado e revela-se no direito de este se affirmar como pessoa moral independente em face dos outros estados, de se

fazer representar junto delles por agentes diplomaticos, de enviar e nomear agentes consulares que nas nações estrangeiras defendam os seus interesses sociaes e protejam os seus nacionaes ahi residentes ou de passagem, de receber agentes diplomaticos e consulares dos outros estados, *de celebrar tratados*, de declarar a guerra, de fazer a paz, de exigir o respeito do seu territorio e dos interesses nacionaes, de mostrar, em summa, que não reconhece um poder superior arbitro das relações internacionaes ¹.

A celebração de tratados é assim uma das funções da soberania externa, sendo para ella capazes ou incapazes os estados segundo possuam ou não essa fórma de soberania. Alem disso, ainda a soberania externa pode ser exercida de formas differentes segundo o modo de ser do estado nas relações internacionaes, o que exige o conhecimento da influencia que essas variantes podem exercer sobre a capacidade dos estados para a celebração de tratados. Importa, pois, fazer a classificação dos estados sob o ponto de vista do direito internacional para bem precisar quando e como elles podem assumir obrigações convencionaes.

A classificação pode ser referida ou ao *a) modo de exercicio* da soberania ou ao *b) grau de posse* da mesma soberania.

a) Sob o primeiro aspecto, são os estados *simples* ou *compostos*, segundo se apresentam como organismos *unitarios* com poderes politicos centraes que exercem livremente e de modo

¹ Convem observar que a soberania do estado é naturalmente limitada pelo respeito devido aos direitos dos outros estados e pelas exigencias geraes da comunidade internacional. A soberania, em vez dum poder absoluto, é mais a liberdade d'acção na organização e governo internos e bem assim nas relações externas conjugada com o dever juridico de não violar os direitos eguaes dos outros estados e de cumprir as obrigações impostas pelas exigencias da comunidade internacional.

pleno tanto a soberania interna como a soberania externa, ou apparecem como a *união* de estados ligados por laços mais ou menos intimos no exercicio da soberania, união que pode revestir as quatro formas de *união pessoal*, *união real*, *confederação de estados* e *estado federal*.

O *estado simples*, porque exerce integralmente a soberania interna e externa, tem plena capacidade de celebrar tratados, bem como de dirigir as relações exteriores.

Na *união pessoal* (v. g. Belgica e Congo) os estados estão ligados pelo laço puramente *exterior* e *temporario* da communitate dum soberano ou duma dynastia reinante, formam tantas personalidades internacionaes quantos são os estados unidos, conservam integralmente a soberania interna e externa, e porisso podem celebrar tratados livre e separadamente.

Na *união real* (Austria-Hungria) os estados unidos formam uma associação *permanente* ou por uma disposição expressa das suas constituições ou em virtude dum accordo entre elles realizado. Conserva cada um delles a sua soberania interna e tem porisso a faculdade de se organizar e governar com liberdade e independencia, mas a soberania externa identifica-se na pessoa do chefe commum, formando todos uma só personalidade internacional, por maneira a haver um estado unico para o effeito das relações internacionaes. Só á união compete porisso a celebração de tratados.

A *confederação* (v. g. a antiga Confederação Germanica) forma-se quando varios estados, conservando a sua autonomia interna e externa, *accordam* em constituir, com caracter permanente, um governo central (congresso ou dieta) formado de representantes diplomaticos desses estados, governo distincto do governo de cada um dos mesmos estados e com as attribuições indicadas no *pacto federal*. Estas attribuições referem-se, em regra, exclusivamente á defesa militar e aos negocios externos, podendo mesmo deixar de estar concen-

trado no governo da confederação tudo que respeita ás relações externas, e, em tal caso, estas serão também dirigidas por cada um dos estados confederados. Na confederação, portanto, porque os estados confederados conservam a soberania externa, são personalidades internacionaes, podem dirigir as relações exteriores sempre que esse exercicio não esteja confiado ao poder central, e podem portanto celebrar tratados na medida em que essa celebração não tinha sido delegada á dieta ou congresso federal.

No *estado federal* — associação de estados num organismo politico commum por fôrma a constituirem um estado central, representado por um poder supremo com o direito de determinar a sua competencia, com a *competencia da competencia*, no dizer dos escriptores allemães — a soberania reside no estado central, sendo este estado que constitue uma personalidade internacional de direito proprio e que tem competencia para dirigir as relações exteriores e conseguintemente para celebrar tratados. Não é, porém, da essencia do estado federal pertencer-lhe exclusivamente a personalidade internacional, podendo a constituição federal — documento em que se encontram determinados os direitos e os deveres dos estados associados e os poderes e attribuições do poder central¹ —

¹ Os factos de a federação se basear numa constituição e não num pacto ou tratado internacional, de a soberania residir no estado federal e não nos membros da federação, e de o poder federal ter o direito de determinar a propria competencia, distinguem nitidamente o estado federal da confederação, mas parecem approximá-lo do estado simples ou unitario, pelo que importa dizer algumas palavras ácerca das suas differenças. A differença fundamental e decisiva está no modo diverso por que em cada um delles se fôrma a vontade soberana. Ao passo que no estado unitario a soberania é representada ou só pelo povo — republica, ou só pelo monarcha — monarchia absoluta, ou pelo povo e pelo monarcha — monarchia constitucional, no estado federal é a mesma soberania re-

permitter relações internacionaes aos estados particulares e portanto a celebração de tratados sobre determinados assumptos ou em determinadas condições. É o que se depreende claramente das constituições federaes dos Estados Unidos e da Suissa, pois se lê na primeira que pertence ao Congresso regular o commercio com as nações estrangeiras, que nenhum dos estados pode concluir tratados de alliança ou de confederação, bem como nenhum delles pode, *sem consentimento do mesmo Congresso*, concluir qualquer accordo ou convenção com outro estado ou com uma potencia estrangeira ¹, e se dispõe na segunda que só a Federação

presentada ou pelo conjuncto do povo e pelo conjuncto dos estados, isto é, pelo povo considerado no seu conjuncto e na sua organização em estados — republica federal; ou pelo conjuncto do povo, pelo conjuncto dos estados e pelo monarcha — monarchia constitucional federal (o regimen federativo é incompativel com a monarchia absoluta), de modo que, no estado federal, apparece um factor novo na formação da vontade do estado, factor constituído pelos estados, que participam da soberania sob uma dupla fórma, ora directamente por intermedio dos seus representantes nos órgãos do governo central, ora directamente, em materia de revisão constitucional, por meio do *referendum* de estados, semelhante ao que existe em beneficio dos cidadãos nas republicas democraticas, isto é, a instituição segundo a qual os estados federados têm o direito de tornar definitivo pela sua acceitação ou de inutilizar pela sua recusa todo o projecto de modificação constitucional. Na federação, pois, existe verdadeiramente um estado unico, com uma soberania unica, e nisto approxima-se o estado federal do estado simples, mas forma-se a vontade soberana com a participação directa e indirecta dos estados particulares qua-taes, e ali está a característica differencial do estado federal. Além disto, é ainda de notar a circumstancia de os estados federados conservarem uma larga iniciativa de governo e administração organizada nos poderes locaes, o que dá ao estado federal um aspecto bem differente do dos estados unitarios.

¹ Const. de 17 de set. de 1787, cap. I, secção 8, alinea 3.^a e secção 10.^a, alinea 1.^a

tem o direito de fazer alianças e celebrar tratados com os estados estrangeiros e que os cantões conservam *excepcionalmente* o direito de concluir com os estados estranhos *tratados respeitantes a assumptos economicos e a relações de vizinhança ou de policia*, não podendo, porém, estes tratados conter nada contrario á federação ou aos direitos de outros cantões ¹.

b) Sob o ponto de vista do grau de posse da soberania, são os estados *soberanos* ou *meio-soberanos*. Considera-se soberano o estado que, tendo a posse e exercicio pleno da soberania, se organiza e governa com inteira independencia, e diz-se meio soberano aquelle que, mais ou menos autonomo no exercicio das funcções relativas á soberania interna, como a legislação, a administração e a jurisdicção, depende doutro estado quanto ás relações exteriores, ou porque o estado dependente dellas está privado ou porque as dirige sob a tutela do estado a que se encontra subordinado. Os estados meio-soberanos formam dois grupos — estados *protegidos* e estados *vassallos*, segundo a forma de subordinação é o *protectorado* ou a *vassallagem*. Pelo protectorado estabelece-se um laço entre dois estados, o mais poderoso dos quaes se obriga a defender o mais fraco, em compensação de vantagens concedidas por este ultimo. Semelhante compensação manifesta-se sob a forma do abandono maior ou menor da soberania do estado protegido, principalmente da soberania externa, fixando o tratado de protectorado o grau de dependencia do estado protegido. Pela vassallagem forma-se um laço de subordinação entre o estado *vassallo* e o estado *suserano* que lhe *concede* a meia-soberania. A relação de vassallagem é muito variavel, podendo ir duma dependencia quasi completa até uma relativa

¹ Const. de 29 de maio de 1874, artt. 8.º e 9.º

liberdade. Pode, porém, dizer-se, dum modo geral, que o estado vassallo está privado do exercicio da soberania externa e que o estado suserano intervem, mais ou menos, na legislação, na administração e na jurisdicção do estado vassallo.

Sendo assim, é facil ver que os estados soberanos têm capacidade plena para a celebração de tratados e que estarão della privados em geral os estados meio-soberanos.

Duas observações se devem fazer, porém, a esta doutrina. Respeita a primeira á situação dos estados soberanos *neutralizados* de modo perpetuo ou permanente, como acontece com a Suissa desde o tratado de 20 de novembro de 1815, a Belgica desde o tratado de 15 de novembro de 1831, o Luxemburgo desde o tratado de 11 de maio de 1867, e o Congo desde a notificação ás potencias de Leopoldo II, rei dos belgas e soberano daquelle estado, de 1 de agosto de 1885. A neutralidade perpetua é a situação dum estado que, por meio dum accordo celebrado com outros estados, assume o compromisso de nunca fazer guerra offensiva, obrigando-se os outros estados contractantes a respeitar ou garantir a situação creada por aquelle compromisso, e porisso os estados perpetuamente neutralizados só podem celebrar os tratados que sejam compatíveis com a situação estabelecida pela neutralização, como tratados de commercio, de navegação, de extradição e todos os demais tendentes a regular as suas relações pacificas com os outros estados.

Refere-se a segunda á capacidade excepcional que podem ter os estados meio-soberanos para a celebração de tratados. O acto de vassallagem ou de protectorado pode, effectivamente, auctorizá-los a concluir tratados sobre determinados assumptos, sendo, por exemplo, os estados vassallos auctorizados, em regra, a celebrar tratados sobre questões de ordem economica ou policial, como tratados de commercio ou de extradição.

2.º) *Objecto dos tratados*. Os tratados podem recair sobre todos os interesses, de ordem publica ou de ordem privada, que possam ser materia de relações internacionaes. Deve, porém, o objecto dos tratados satisfazer a certas condições de validade juridica que se resumem na *possibilidade physica, juridica e moral* dos mesmos tratados.

A possibilidade physica constitue evidentemente uma condição de validade dos tratados, não podendo deixar de considerar-se como nullo um tratado pelo qual um estado se obrigue a praticar actos que estejam acima das suas forças.

A possibilidade juridica consiste na compatibilidade do tratado com os deveres juridicos dos estados contractantes para com os outros estados, faltando, por exemplo, tal possibilidade num tratado em que uma das partes se obrigasse a invadir, sem um motivo legitimo, o territorio dum terceiro estado ou a occupar uma determinada porção do alto mar,

A possibilidade moral está na conformidade do tratado com os principios ethicos que dominam o espirito geral dos povos civilizados. Por falta dessa conformidade seriam, por exemplo, nullos os tratados em que dois ou mais estados se obrigassem a praticar o trafico de escravos.

3.º) *Consentimento*. Terceiro factor da existencia dum tratado é o consentimento dos estados ou o accordo das suas vontades quanto á criação do vinculo de direito com que se propõem conseguir certas e determinadas vantagens.

A vontade do estado é representada, para o effeito da prestação do consentimento, pelos poderes que, segundo o direito interno de cada país, sejam competentes para a celebração dos tratados. Desde que esses poderes se pronunciam devidamente, está effectuada a prestação do contentimento e o contracto realzado.

A iniciativa da celebração de tratados pertence em toda a parte ao chefe de estado como dirigente das relações exterior-

res, com excepção apenas para algumas convenções de importancia secundaria ou urgentes que certos funcionarios superiores, chefes militares especialmente, podem, dentro dos limites dos seus poderes, concluir definitivamente, como são as convenções de troca e resgate de prisioneiros, de capitulação, e de suspensão de hostilidades.

Os chefes de estado podem concluir os tratados directamente, com ou sem intervenção do ministro dos negocios estrangeiros segundo o direito constitucional de cada pais, com os chefes dos outros estados ou com os seus mandatarios, mas, em geral, os tratados são concluidos por intermedio de representantes diplomaticos ou plenipotenciarios ¹.

¹ As sociedades nacionaes organizam-se politicamente em estados e ao estado dá unidade organica o seu *chefe*, o qual representa o mesmo estado perante as nações estrangeiras e dirige todas as relações exteriores. Todavia, a direcção das relações exteriores, embora constitucionalmente attribuída ao chefe de estado, é exercida por um secretario de estado que, como seu mandatario immediato, representa o órgão intermediario entre o governo do país e as nações estrangeiras, havendo quasi sempre, nos estados civilizados, um ministro — o *ministro dos negocios estrangeiros* — encarregado exclusivamente da direcção das relações com as potencias, o qual dá unidade á acção internacional do estado e está á frente duma secretaria — o ministerio dos negocios estrangeiros, que constitue o officio central das relações com os estados.

Abaixo dos chefes de estado e dos ministros dos negocios estrangeiros, que representam o estado perante todas as nações e dirigem todas as relações exteriores, apparecem os *agentes diplomaticos*, que *representam* o estado junto dos governos estrangeiros ou para o exercicio duma *missão temporaria* e especial, como a celebração dum tratado ou a assistencia a uma festa nacional, ou para o exercicio da *missão permanente* de promover e defender os interesses do seu país e dar regularidade ás relações entre o seu governo e o governo do estado em que se encontram. As missões diplomaticas começaram por ser especiaes e temporarias, mas nos fins do seculo xv desinvolve-se o uso das missões permanentes, que a paz de

Os plenipotenciarios começam por trocar os seus plenos poderes, entram depois em negociações, articulam e assignam as suas conclusões. Todavia, o tratado ainda não fica perfeito com a assignatura dos plenipotenciarios. Exige um costume bem estabelecido que elle seja *ratificado*, isto é, confirmado pelos respectivos chefes de estado, como representantes legaes das potencias contractantes. E está tão firmemente estabelecido o principio da *ratificação*, que será difficil encontrar um tra-

Westphalia generaliza e fixa de tal modo, que se formou o habito de considerar a reunião dos agentes diplomaticos acreditados junto dum governo como um corpo constituído a que se deu o nome de *corpo diplomatico*, o que representa mais um signal de que os estados da Europa se convenceram de que faziam parte dum só systema politico e duma só commuidade internacional.

Até ao congresso de Vienna de 1815 os agentes diplomaticos não tinham sido classificados, o que por muitas vezes creou difficuldades de precedencia e de cerimonia diplomatica. Intendeu, porisso, o congresso que devia classificá-los, o que fez no regulamento de 19 de março de 1815. A classificação foi completada pelo congresso de Aix-la-Chapelle no protocollo de 21 de novembro de 1818, o qual agrupou os agentes diplomaticos em quatro classes: 1.º) Embaixadores, legados ou nuncios; 2.º) Enviados extraordinarios ou ministros plenipotenciarios; 3.º) Ministros residentes; 4.º) Encarregados de negocios. Esta classificação foi aceita por todos os estados e tem conservado até hoje força de lei da sociedade internacional.

Os legados e nuncios são os agentes diplomaticos de superior categoria enviados pela Santa Sé. Os legados são — ou *legati a latere*, escolhidos entre os cardeaes e apenas enviados para desempenhar missões extraordinarias de grande importancia, — ou *legati missi*, escolhidos fóra do sacro collegio e encarregados tanto de missões temporarias como de missões permanentes, tendo neste ultimo caso o nome de *nuncios, nuntii apostolici*. Depois dos legados e nuncios, apparecem na diplomacia pontificia os *internuncios*, que têm a categoria de ministros plenipotenciarios, e abaixo dos internuncios ainda ha os *delegados apostolicos*, que formam no direito diplomatico pontificio uma terceira classe, mas que

tado que não tenha uma clausula destinada a estabelecê-la. A ratificação não é, porém, necessaria para as convenções que os altos funcionarios civis ou militares podem concluir definitivamente dentro dos limites dos seus poderes.

A ratificação, como acto final do chefe de estado destinado a confirmar um tratado, pode estar dependente do concurso dalgum outro poder do estado, como acontece nos estados constitucionaes, onde a ratificação do tratado é precedida da

perante o direito internacional têm a categoria de ministros plenipotenciarios.

Todos os agentes diplomaticos, qualquer que seja a sua categoria, são equiparados perante o direito internacional para o effeito da representação dos estados. As unicas differenças entre elles existentes são de honras e de precedencia. Esta determina-se pela ordem das classes, e dentro de cada classe pela data da notificação da chegada do agente diplomatico ao logar onde exerce as suas funcções. O mais antigo da classe mais graduada é o decano do corpo diplomatico. Faz-se, porém, excepção nos estados catholicos, onde os nuncios são sempre decanos do corpo diplomatico. O mesmo não acontece com os outros representantes da Santa Sé, que só por cortesia podem ser decanos do corpo diplomatico, quando essa situação lhes não pertença por classe e antiguidade.

Os agentes diplomaticos são investidos na sua missão por meio de *cartas credenciaes* ou por meio de cartas patentes de *plenos poderes*. As credenciaes são dadas normalmente aos enviados de missão permanente. Aos enviados de missão temporaria e especial são dados em geral plenos poderes.

Os agentes diplomaticos enviados por um estado formam o seu *corpo diplomatico*. O corpo diplomatico portugês é regulado pelos decretos de 24 de dezembro de 1901 e de 8 de agosto de 1903. É formado de ministros plenipotenciarios com o nome de *chefes de missão* de 1.^a e 2.^a classe. Pode, porém, o governo dar, como tem dado effectivamente, a categoria de embaixador ao representante de Portugal junto do Vaticano, em obediencia ao principio da reciprocidade diplomatica, visto o Pontifice acreditar um nuncio junto do governo portugês, assim como pode substituir os ministros plenipotenciarios por simples encarregados de negocios, quando assim o julgar conveniente (Vid. decc. citt. e *Anuario consular e diplomatico*, 1905, pagg. 75. e segg.).

sua aprovação pelo parlamento, ou só em alguns casos, como preceituava a nossa Carta (art. 75.º § 8.º), que apenas exigia a aprovação pelas côrtes dos tratados celebrados em tempo de paz e que involvessem cessão ou troca de territorio, ou em todos, como depois o estabeleceu o Acto addicional de 1852 (art. 10.º). E, quando assim aconteça, só depois de obtida a necessaria aprovação, é que a ratificação pode confirmar o tratado e tornar definitiva a prestação do consentimento.

A ratificação dos tratados pode ser recusada, mas só o será por causas graves e em virtude dos interesses superiores do estado ou da mudança das circumstancias que tenham determinado os mesmos tratados. Uma recusa systematica e infundada poderá ser considerada como um acto de má fé e provocar reclamações ou conflictos.

O consentimento, prestado pela fórma que acabamos de indicar, deve ser isento de erro, dolo e coacção, para o tratado ter plena validade e efficacia juridica. É, todavia, certo que a theoria dos vicios do consentimento não tem, em direito internacional, a mesma importancia que tem em materia de relações contractuaes entre particulares. O erro é praticamente afastado pelas precauções tomadas nas negociações e pela facilidade de informações que são postas á disposição dos estados. O dolo constitue, sem duvida, uma causa de nullidade; o estado que delle é victima pode denunciar o respectivo tratado, mas, de facto, porque falta um juiz imparcial que aprecie um tal vicio do consentimento e lhe dê as naturaes consequencias, o estado prejudicado terá de contar apenas com a sua energia para se furtar ao cumprimento do mesmo tratado. A coacção é, infelizmente, um vicio que affecta muitas vezes os tratados; designadamente os tratados de paz bem como os tratados entre os grandes e os pequenos estados, mas os internacionalistas, para não destruir a efficacia duma grande parte dos tratados, não lhe dão o valor duma nullidade senão quando

exercida sobre os individuos encarregados de concluir as convenções em nome dos estados. Não é egualmente reconhecido o vicio de lesão, por se intender que o seu reconhecimento seria pretexto para o estado se furtar sempre ás consequencias dos seus compromissos e pela razão de que cada estado deve, antes de celebrar um tratado, apreciar os sacrificios que vae fazer para obter vantagens ou para evitar prejuizos.

21 *b)* CONDIÇÕES EXTRINSECAS. A validade dos tratados não está dependente duma fórmula impreterivel e sacramental. Poderão os estados contractantes deixar até de reduzir a escripto as suas convenções e dar-lhe o caracter de simples accordos verbaes. Comtudo, a força mesma das cousas obriga a dar aos tratados a fórmula escripta, para lhes conservar a prova e precisar as clausulas, sendo raros os tratados verbaes.

A fórmula escripta é susceptivel de modalidades e pode consistir: 1.º) numa *troca de cartas* entre chefes de estado que tenham poder para crear compromissos em nome do seu estado; 2.º) numa *declaração collectiva* assignada pelos representantes dos estados; 3.º) em *declarações unilateraes identicas* feitas por cada um dos estados; 4.º) num *acto contractual solemne*, redigido em tantos exemplares quantos são os estados contractantes e assignado por todos os plenipotenciarios.

Na sua ultima fórmula, que é a mais perfeita e a normal, é a seguinte a estrutura dum tratado: começa por um *preambulo*, que contem a indicação dos estados contractantes, dos motivos e do objecto do tratado, a designação dos plenipotenciarios e a referencia á troca e ordem dos seus poderes; seguem-se por artigos as estipulações do tratado; võem depois disposições diversas, que podem respeitar á duração do tratado, á sua denuncia, á sua prorogação, á sua ratificação e á adhesão de terceiros estados; e apparecem, por fim, a indicação do logar e a data da redacção do tratado bem como do nu-

mero de exemplares redigidos, e a assignatura e sello dos plenipotenciarios.

Na enumeração, no preambulo, dos estados que figuram no tratado, bem como na assignatura dos plenipotenciarios, adoptam-se as regras da alternativa ou segue-se a ordem alphabetica do nome dos estados na lingua em que for escripto o tratado. Quando se adoptam as regras da alternativa, é indicado cada estado em primeiro logar no exemplar que lhe é destinado e em primeiro logar assigna tambem esse exemplar o seu plenipotenciario.

Não havendo uma lingua diplomatica official, podem os tratados ser redigidos naquella lingua que mais convier aos estados contractantes, se bem que seja actualmente muito usada a lingua franceza nos tratados que interessam a um grande numero de paizes, como o tratado de Paris de 1856, o tratado de Berlim de 1878, as convenções da Haya de 1896, 1899, 1902, 1905, etc.

22. Umas vezes o tratado constitue um *negocio juridico*, tendendo a conciliar interesses diversos e correspondentes dos estados signatarios, resultando da harmonia entre vontades distinctas e oppostas dos mesmos estados pela troca de utilidades e prestações ou pela reciprocidade de direitos e obrigações, e destinando-se por isso a resolver uma pendencia, estabelecer uma transacção ou regular uma situação politica ou territorial. É o que se dá com os tratados de paz, de compromisso arbitral, de reparação de perdas e danos, de delimitação de fronteiras, de servidões internacionaes, de cessão de territorios e quesquer outros que tenham por fim harmonizar interesses distinctos e em que a vontade dos contractantes tenha evidentemente um conteúdo diverso. A esta forma de tratado chamam os escriptores tratado-*contracto*, por ser semelhante a sua função nas relações internacionaes á função dos contractos na

vida social, que se resume, dum modo geral, na conciliação de interesses oppostos, embora correlativos, por maneira que um dos contractantes preste o que o outro quer ter, e tenha o que o outro quer prestar.

Outras vezes, porém, o tratado representa a união de vontades nacionaes de *conteúdo identico*, isto é, uma união de vontades pela qual os estados se propõem realizar interesses communs ou eguaes. A sua função é, em tal caso, não conciliar pretensões oppostas mediante prestações reciprocas distinctas, mas tornar possivel o exercicio duma actividade tendente a effectivar interesses identicos. A semelhante tratado chamam alguns internacionalistas tratado *accordo* ou *normativo*, pelo facto de conter a manifestação da vontade commum dos estados para a realização dum interesse identico e a indicação das regras a seguir para chegar a esse resultado. São desta categoria, por exemplo: os tratados destinados a regular as relações dos estados referentes á navegação de rios, estreitos e canaes internacionaes, como o tratado de 26 de fevereiro de 1885 respeitante á navegação do Congo e do Niger¹, o o tratado de 29 de outubro de 1888 relativo á navegação do canal de Suez²; os tratados respeitantes ao exercicio de direitos e deveres resultantes da constituição duma determinada fôrma de garantia collectiva, como o tratado de Paris de 20 de novembro de 1815 relativo á garantia da neutralidade da Suissa³ e o tratado de 18 de março de 1885 referente á garantia do emprestimo egypcio⁴; e os tratados de constituição das uniões internacionaes administrativas, como a convenção de 17 de

¹ Carta regia de 3 de setembro de 1885.

² *Nouveau recueil général de traités* (MARTENS), 2.^e série, tom. xv, pag. 557.

³ *N. R. G. T.* (MARTENS), vol. II, pag. 740.

⁴ *N. R. G. T.* (MARTENS), 2.^e série, tom. XI, pag. 49.

maio de 1865, hoje substituído pela convenção de 22 de julho de 1875, referente á criação e organização da *União telegraphica*, e a convenção de 9 de outubro de 1874, hoje substituída pela convenção de 15 de junho de 1897, respeitante á criação e organização da *União postal*¹. Em qualquer destes casos, o interesse dos estados é identico, destinando-se os tratados a disciplinar o exercicio da actividade dos mesmos estados para o fim commum — quer de regular a navegação internacional, quer de desviar um determinado estado dos actos de guerra para garantia da sua neutralidade permanente, quer de conseguir segurança e regularidade nos meios de comunicação internacional.

O tratado contracto é sempre um tratado *especial* no sentido de que apenas respeita a interesses particulares dos estados signatarios e o numero destes é limitado, ou simplesmente a dois, como geralmente acontece, ou a dois grupos que representem os interesses distinctos que se pretendem conciliar, havendo, porém, num caso ou noutro, sómente duas partes cujas vontades o tratado vem harmonizar.

O tratado-accordo, emquanto organiza a actividade dos estados no exercicio ou na realização duma communhão de poder ou de interesses, pode abranger todos os estados entre os quaes essa communhão exista, e pode ser geral quando respeite a interesses de todos os estados civilizados. E, assim, á categoria dos tratados normativos pertencem os tratados que, preparados frequentemente por um poderoso movimento de opinião e concluídos ou acceitos por um grande numero de estados, organizam um regimen convencional de certas relações internacionaes e são chamados pelos internacionalistas tratados *geraes*, a cujo numero pertencem, por exemplo: — a declaração de

¹ Supra, pag. 48 notas 1 e 2.

Paris de 16 de abril de 1856 sobre o direito marítimo internacional¹, — a convenção de Genebra de 22 de agosto de 1864 relativa à assistência aos feridos nas guerras terrestres, — a convenção da Haya de 29 de julho de 1899 que adaptou à guerra marítima os princípios da convenção de Genebra², — a convenção de S. Petersburgo de 11 de dezembro de 1868 relativa à proibição das balas explosivas³, — os tratados de União que respeitam a interesses de todos os estados ou, pelo menos, de todos os estados civilizados, a que todos os estados podem adherir e alguns dos quaes, como as convenções organicas da União postal e da União telegraphica, têm sido assignados ou recebido a adhesão da quasi totalidade das nações⁴.

É muito differente o valor das duas ordens de tratados como fontes do direito internacional.

Os tratados-contratos não formulam preceitos juridicos novos, limitando-se a applicar principios já estabelecidos e a crear direitos subjectivos para os estados contractantes em face de normas objectivas de direito internacional já constituídas pelo costume ou por outros tratados. Todavia, porque suppõem e applicam principios geraes, concorrem efficazmente para a fixação do direito internacional, principalmente quando celebrados entre muitos estados em virtude do caracter geral da difficuldade que se propõem resolver, como aconteceu com os tratados de Westphalia de 1648, de Utrecht de 1713, de Paris de 1814, 1815 e 1856, e de Berlim de 1878.

¹ BORGES DE CASTRO, *ob. cit.*, tom. VIII, pag. 92.

² *Nova collecção*, tom. II, pag. 61; *Livro branco*, 1900, pagg. 61 e segg.

³ *Nova collecção*, tom. III, pagg. 141.

⁴ *Synopse de tratados, convenções, etc.*, 1901, pag. 3, nota 2, e pag. 7, nota 1.

É ainda de notar que apparecem tratados que, embora fundamentalmente destinados a resolver um conflicto de interesses, estabelecem regras geraes que devem applicar-se no futuro a situações semelhantes, como aconteceu com o tratado celebrado em 8 de maio de 1871 entre os Estados Unidos e a Inglaterra, que, firmado para a resolução arbitral da questão do *Alabama*, estabeleceu tres principios geraes de direito internacional relativos aos deveres de neutralidade que deviam orientar os arbitros e que deveriam ser seguidos no futuro¹. Em tal hypothese, o tratado tem evidentemente o aspecto *mixto* de contracto, como meio de resolver o conflicto, e de accordo, emquanto fixa regras para o futuro.

Os tratados normativos, e de modo caracteristico os tratados geraes, adoptam como regra o que nos tratados-contractos é excepção, isto é, são concluidos por um grande numero de estados e não só applicam, mas formulam, por via de regra, principios geraes, normas objectivas de direito internacional. É, porque o seu objecto não é limitado aos interesses dos estados que os assignam, recebem mais tarde a adhesão doutros estados, que, commungando nos interesses por elles regulados, subordinam a sua conducta ao regimen ahi estabelecido e reconhecem os preceitos juridicos ahi estabelecidos. Esta adhesão pode manifestar-se expressamente pela acceitação formal das resoluções dos tratados geraes, ou pelo reconhecimento tacito dos principios nelles consagrados. Para facilitar a acceitação expressa, a pratica moderna introduziu o systema de os estados, que tomam a iniciativa dos tratados e os celebram, chamarem por uma clausula especial o assentimento daquelles que não tomaram parte na convenção primitiva. Tem sido o processo seguido para alargar os tratados

¹ MÉRIGNHAC, *L'arbitrage international*, Paris, 1895, pag. 72.

geraes, que regulam de modo permanente certas relações internacionais, como foram a declaração de Paris de 1856, a convenção de Genebra de 1864 e a convenção da Haya de 1899, e, principalmente, para formar as grandes uniões internacionais, como a União postal, telegraphica, ferro-viaria; etc. O reconhecimento tacito realiza-se pela simples observancia das disposições dos tratados. Foi assim que se generalizaram as resoluções dos congressos de Vienna de 1815 e de Aix-la-Chapelle de 1818 relativamente á gradação dos agentes diplomaticos. Ora, pela participação originaria, pela acceitação expressa ou pelo reconhecimento tacito, os tratados geraes vão regulando de modo uniforme muitas relações internacionais e conduzem os estados para um regimen de cooperação largamente convencional.

23. Ao lado da differença entre tratados-contratos e tratados accordos e entre tratados especiaes e tratados geraes, mostra a observação das relações convencionaes dos estados modernos uma nova differença entre os tratados de alta importancia relativamente á formação do direito internacional, qual á a sua distincção em tratados destinados a *regular* direitos ou interesses dos estados contractantes, e tratados destinados a *declarar* preceitos de direito internacional.

Os tratados começaram naturalmente por ser destinados a fixar os direitos, como uma delimitação de fronteiras, ou a regular os interesses, como as relações commerciaes, dos estados contractantes, e essa funcção persistiu, ainda hoje continua e sempre será desempenhada pelas convenções internacionais. De certo momento em diante, alem de regular direitos e interesses, começam os tratados a disciplinar o procedimento futuro dos estados sob um determinado ponto de vista, formam uma lei de execução permanente para esses estados e são já fontes de direito para os estados que os assignam. E este seu

caracter accentua-se quando o vinculo contractual se estabelece entre numerosos estados, pois que o preceito já tem uma acção mais extensa e já regula uma mais larga conducta internacional. Typicos neste genero são os tratados de união, que agrupam um grande numero de estados e regulam a sua acção commum sob um determinado aspecto.

Mas, até aqui, ha nos tratados uma dupla funcção, pois definem direitos ou regulam interesses e, *porisso*, criam preceitos de direito entre os estados contractantes. Esta segunda funcção propendeu, porém, para se tornar *independente* da primeira e os tratados passaram a ser muitas vezes destinados a crear preceitos juridicos. E, desde então, formularam e formulam regras juridicas, não só *porque regulam*, mas também *para regular* direitos e interesses. Não foi mais que a organização autonoma duma funcção já existente. A *nova* funcção revela-se ora apenas numa simples clausula ora num tratado independente, cada vez mais em tratados independentes, e hoje pode dizer-se definitivamente fixada e organizada. Os exemplos abundam. O regulamento de Vienna, de 19 de março de 1815, e o protocollo de Aix-la-Chapelle, de 21 de novembro de 1818, definindo as precedencias diplomaticas, — o regulamento de Vienna, de 9 de junho de 1815, fixando principios relativos á navegação dos rios internacionaes, — a declaração de Paris de 16 de abril de 1856, fixando principios de direito internacional marítimo, — a convenção de Genebra, de 22 de agosto de 1864, e a convenção da Haya de 29 de julho de 1899, regulando a assistencia aos feridos e aos doentes em tempo de guerra terrestre ou maritima, — o acto geral de Berlim, de 26 de fevereiro de 1885, estabelecendo principios reguladores da navegação do Congo e do Niger e determinando as condições de legitimidade da occupação de territorios ou do estabelecimento de protectorados nas costas do continente africano, — as convenções e declarações da Haya de 1899, definindo prin-

cipios ácerca das leis e costumes da guerra e estabelecendo regras relativamente á soluçãõ pacífica dos conflictos internacionaes e respeitantes particularmente á arbitragem internacional, — finalmente, as convênções da Haya de 14 de novembro de 1896, de 12 de junho de 1902 e 17 de julho de 1905, formulando principios de direito internacional privado¹, são outros tantos tratados collectivos concluídos com o fim immediato de estatuir principios de direito internacional obrigatorios para os estados contractantes e para todos aquelles que aos mesmos tratados adherissem ou por alguma forma os accetassem. São tratados de caracter *legislativo* immediato tendentes a disciplinar juridicamente a conducta dos estados na ordem internacional.

24. O estudo das relações contractuaes dos estados mostra, pois, que o regimen dos tratados tem percorrido tres phases características, de interesse desigual pelo que respeita á formação do direito internacional, embora egualmente interessantes relativamente ao desenvolvimento progressivo das relações dos estados.

Na primeira phase, o tratado é apenas um meio de regular os interesses especiaes de dois ou mais estados e limita-se a applicar o direito já estabelecido. Tem o valor de consolidar, por meio de applicações especiaes, as regras existentes nos costumes internacionaes.

Na segunda, o tratado ainda tem por objecto principalmente regular interesses especiaes de dois ou mais estados, mas já por vezes fixa principios de applicação futura, para regular

¹ *R. D. I.*, tom. xxv, pag. 521, xxvi, pag. 394, xxviii, pag. 573, xxxiv, pag. 435, e xxxvi, pag. 516 e segg.; *Revue de droit int. privé et de droit pénal international*, vol. I, 1905, pagg. 781 e segg.; Carta regia de 28 de julho de 1898.

situações semelhantes. É typico o tratado de 1871 entre a Inglaterra e os Estados Unidos, a que já nos referimos.

Mais um passo, e o tratado, conservando embora a primitiva função de regular interesses particulares de alguns estados, vasa-se em moldes mais amplos e começa a disciplinar interesses geraes de todos os estados e a uniformizar o regimen das relações internacionaes. O estadio actual desta curiosa evolução é representado por duas ordens de factos, cada qual a mais característica. A primeira é constituída pelo augmento progressivo das grandes uniões dos estados para organizarem os seus interesses communs, como serviços postaes, telegraphicos, ferro-viarios, etc., uniões personificadas por officios internacionaes, que tẽem a sua séde em Berne (União postal, telegraphica, ferro-viaria e de protecção da propriedade industrial, literaria e artistica), Bruxellas (repressão do trafico e publicação das tarifas aduaneiras, Paris (pesos e medidas)¹, etc., e, escreve CATELLANI, «constituem dalgum modo conferencias diplomaticas permanentes e são como que o conselho federal dum grupo de estados unidos por um laço constitucio-nal. Para o funcionamento de cada uma das uniões, continua o sabio escriptor, os territorios dos estados são considerados outras tantas provincias do mesmo estado. Trata-se de verdadeiras federações fragmentarias, que, á força de alargar o seu dominio, acabarão por modificar as relações reciprocas dos estados, torná-las-ão cada vez mais estreitas, até que domine absolutamente a ideia da solidariedade internacional»². A segunda traduz-se na multiplicação dos tratados declaradores de preceitos de direito internacional, os quaes constituem uma

¹ CATELLANI, *R. D. I. P.*, 1901, pagg. 396 e segg.; Novicow, *ob. cit.*, pag. 742.

² *Rev. cit.*, pag. 399.

clara revelação da cada vez mais intensa *união jurídica* dos estados que vivem em comunidade internacional.

Assim, pois, os tratados tornam-se uma fonte sempre mais abundante do direito internacional, ao mesmo tempo que operam como um poderoso instrumento de aproximação dos estados.

25. Conhecidas as formas geraes e as tendencias dos tratados, importa determinar a amplitude da sua força obrigatoria.

O principio geral que domina o assumpto é de que os tratados obrigam os estados que os assignam. Este principio, que é fundamental, constitue a base do direito internacional convencional, é hoje universalmente admittido e foi solemnemente proclamado pela conferencia de Londres de 1871. Esta conferencia, attendendo, no tratado de 13 de março, o pedido formulado pela Russia para serem revogados os artigos 11.º, 13.º e 14.º do tratado de Paris de 1856, que declaravam neutro o mar Negro e limitavam as forças navaes que a Russia e a Turquia ahi podiam conservar, fixara comtudo, em declaração de 17 de janeiro, a doutrina de que nenhum estado pode desligar-se dos compromissos assumidos em tratados, sem o consentimento dos outros estados contractantes¹. Eis a declaração: «Os plenipotenciarios da Allemanha do Norte, da Austria-Hungria, da Gran-Bretanha, da Russia, da Italia e da Turquia, reunidos em conferencia, reconhecem como principio essencial de direito internacional que nenhuma potencia pode deixar de cumprir as obrigações dum tratado nem modificar as suas disposições, senão com o assentimento das partes contractantes obtido por meio dum consentimento pacifico».

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 68 e 542; DE MARTENS, *N. R. G. T.*, 1.º série, vol. XVIII, pagg. 278 e 303.

A força obrigatoria dos tratados para os estados que os assignam deriva do facto e da ideia da communitate internacional. Os tratados são a regulamentação juridica das relações por que se revela esta communitate e, porisso, as obrigações por elles formuladas impõem-se com a mesma força com que se impõem aquellas relações. Viver em sociedade internacional, é reconhecer a necessidade duma ordem juridica internacional, é aceitar a capacidade juridica dos membros daquela sociedade e é sujeitar-se ao cumprimento das obrigações creadas pela vida em commum, quer essas obrigações provenham de simples compromissos consuetudinarios, quer derivem dum accordo expresso, pois são sempre a expressão dum facto evolutivamente natural e necessario.

O principio acima indicado abrange indubitavelmente os estados que não tomam parte na convenção primitiva mas que mais tarde adherem ás suas disposições. É a consequencia do seu assentimento, pelo qual aceitam as vantagens dos tratados e correlativamente se sujeitam ás obrigações que elles impõem aos estados participantes ou adherentes ¹.

¹ Os estados que não collaboram na celebração dum tratado podem tornar-se participantes nas suas disposições por meio dum acto de *accessão* — aceitação solemne e integral de todas as clausulas do tratado — quando isso lhes for permittido pelos primitivos estados contractantes. A *accessão*, é em geral, permittida quando no respectivo tratado se regulam interesses que são communs a estados não contractantes e até offerecida quando os tratados regulam interesses de character geral, como são os tratados constitutivos das uniões internacionaes.

É de notar que, na linguagem diplomatica, se usa muitas vezes, em lugar de *accessão*, da palavra *adhesão*. O rigor, todavia, é que o termo *accessão* tem o significado que lhe attribuimos, indicando o termo *adhesão* a declaração feita por um estado estranho a um tratado de que aceita e adopta para si regras semelhantes ás nelle contidas, sem que a sua declaração implique uma participação directa em tal tratado.

O mesmo já não pode dizer-se dos estados que se conservam estranhos aos tratados, não os assignando nem adherindo ás suas determinações. Não os alcança a sua força imperativa. Os tratados têm a natureza geral de relações contractuaes e porisso só obrigam aquellas nações que acceitam a situação por elles creada. E isto dá-se tanto com os tratados especiaes como com os tratados geraes. Ainda que estes ultimos sejam concluidos por um grande numero de estados e regulem interesses de character geral, as suas determinações limitam-se aos estados signatarios ou adherentes. Foi assim que a supressão do corso, consagrada na declaração de Paris de 1856 pela maior parte das potencias, não se tornou obrigatoria para os Estados Unidos, para a Hespanha e para o Mexico, pois que os governos destes paises se recusaram a reconhecê-la.

É de notar, todavia, que alguns escriptores, e entre elles BLUNTSCHLI¹, intendem que as resoluções dum congresso geral dos estados são obrigatorias para todos os outros estados, porisso que essas resoluções representam o sentimento geral sobre o modo de regular as relações internacionaes. Semelhante doutrina, porém, não se harmoniza com o character contractual dos tratados nem com o modo de ser actual da sociedade internacional. Dado, em verdade, o aspecto convencional dos tratados, estes devem ser lei apenas para as partes contractantes, e, dada a autonomia dos estados, não podem alguns delles arvorar-se em legisladores de todos. Comtudo, se um tratado geral formular um principio de direito internacional commummente acceito e que represente a expressão da consciencia unanime do mundo civilizado, esse tratado não é mais que a consagração dum costume universal, traduz o modo por que a generalidade dos estados manifesta a sua adhesão a

¹ *Le droit int. codifié*, artt. 110 e 111.

um principio consuetudinario e as suas resoluções impõem-se a todos os estados que quizerem viver na sociedade internacional, não propriamente por força do tratado, mas por serem a manifestação da consciencia juridica commum em que assenta o concerto dos estados ¹.

26. Os tratados validamente celebrados devem ser pontual e conscienciosamente executados. O direito internacional convencional assenta, como o direito convencional nacional, no indeclinavel principio: *Pacta sunt servanda*. Neste principio se firmou a declaração da conferencia de Londres acima referida.

Os meios necessarios para executar os tratados são determinados pela legislação de cada estado. Um desses meios é a publicação dos tratados, o que constitue não só uma garantia do seu cumprimento, mas é ainda o unico meio de exigir que todos os conheçam, respeitem e observem com uma lei. É verdade que ha certos tratados que as exigencias politicas fazem conservar secretos, mas deve dizer-se que o regimen constitucional é pouco favoravel aos segredos dos tratados e que é sempre opportuno dar, cedo ou tarde, publicidade official ou officiosa a todas as convenções.

Depois de convenientemente ratificados e depois de *trocadas* as ratificações, constituem os tratados *lei dos estados* contractantes, ou desde logo ou a partir dum momento prestabelecido, se nelles ha uma clausula destinada a fixar o inicio da sua vigencia, como geralmente acontece, e depois de *promulgados e publicados* são obrigatorios para os cidadãos e subditos dos mesmos estados, ou em seguida a uma data prefixa ou em harmonia com os principios reguladores do começo da vigencia.

¹ HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 103. e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 68; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 24.

das leis reconhecidos em cada um dos estados contractantes. Sendo assim, os tratados revogam, modificam ou completam às leis vigentes e obrigam os nacionaes e subditos do estado ao cumprimento das suas disposições ¹.

Ora, leis dos estados perante o direito internacional e leis dos individuos perante o direito nacional, podem os tratados ser objecto de *interpretação*, pelo que importa fixar os principios segundo os quaes elles devem ser interpretados.

Como lei das relações internacionaes, um tratado só pode ser interpretado por accordo dos estados contractantes, ou mediante negociações directas e em declaração commum ou em declaração reciproca, ou pelo recurso á arbitragem, entregando-se á resolução dum ou de mais arbitros a fixação do verdadeiro sentido das clausulas do tratado. A interpretação de tratados é um dos casos para que mais propria se considera a arbitragem e muitos tratados determinam que sejam decididas por arbitros as duvidas suscitadas pela sua interpretação. Como leis dum país a applicar a casos particulares, são os tratados naturalmente interpretados pelas auctoridades e tribunaes chamados a applicá-los.

Na interpretação, o grande principio a observar é, segundo as rigorosas palavras de DESPAGNET, que os tratados devem ser interpretados de *bôa fé*, e de maneira a conciliar o melhor possivel as suas clausulas com os direitos e deveres dos con-

¹ Nos tratados collectivos, para simplificar a troca das ratificações, é uso fazer o deposito dos instrumentos de ratificação (entre nós o instrumento de ratificação é uma *carta regia*) junto dum dos governos contractantes, em regra o governo do logar da celebração do tratade, lavrando-se acta separada ou conjuncta das ratificações e sendo remettida pela via diplomatica certidão authentica das mesmas actas a cada um dos governos contractantes.

tractantes, quer sob o ponto de vista dos principios geraes do direito internacional, quer sob o ponto de vista das convenções anteriores. A boa fé na interpretação dos tratados consiste na supposição de que os estados signatarios tiveram em vista a sua execução conscienciosa e o respeito completo dos seus direitos reciprocos, e bem assim em levar em conta, approximar e apreciar todas as circumstancias que possam conduzir ao conhecimento da vontade das partes e á determinação exacta dos seus direitos.

O desejo de assegurar a execução dos tratados tem conduzido os estados a recorrer a uma serie de garantias, com que se torne mais certo o seu cumprimento. Dessas garantias, as actualmente usadas são :

a) *Juramento*. Usado já na antiguidade e ainda em uso no seculo xviii, é actualmente praticado apenas nas relações com os povos barbaros, para interessar a sua crença no cumprimento dos tratados.

c) *Refens*. A garantia do cumprimento dos tratados por meio da entrega de certo numero de pessoas, em regra pessoas de consideração, de uso frequente nos tempos passados, como penhor da fidelidade aos compromissos tomados, ainda hoje se pratica algumas vezes, mas só em tempo de guerra, e quasi exclusivamente nas relações com os povos selvagens.

d) *Garantias financeiras*. Entre os meios mais geralmente usados pelos estados civilizados para assegurar a execução dos tratados, apparece o facto de um estado dar como garantia dos seus compromissos pecuniarios certos ou mesmo todos os seus rendimentos. Desta forma de garantia offerecem nos exemplos o Mexico, que em 1866 attribuiu á França metade dos rendimentos das suas alfandegas, e bem assim a Turquia e o Egypto, que, por convenções com a França e com a Inglaterra, consignaram aos portadores, franceses e ingleses, dos titulos da sua

divida certos impostos e os rendimentos de certos bens do Sultão e do Khediva.

e) *Occupação de territorio.* Outra garantia usada pelos estados civilizados, e especialmente destinada a assegurar a execução dos tratados de paz, é a occupação militar duma parte do territorio do estado vencido até ao cumprimento das obrigações assumidas no tratado de paz e particularmente até ao pagamento da indemnização de guerra. É o que se vê, por exemplo, do tratado de paz entre a Grecia e a Turquia de 4 de dezembro de 1897, segundo o qual as tropas turcas se conservariam na Thessalia até ao cumprimento pela Grecia de certas condições por elle estabelecidas.

f) *Garantia.* Dá-se o nome especial de garantia ao compromisso assumido por um ou mais estados de assegurarem pelos meios ao seu alcance certa situação de outros estados (a neutralidade permanente, por exemplo) ou a execução integral ou parcial dos tratados entre estes concluidos. De todos os meios de assegurar a execução dos tratados, é o que attinge melhor o seu fim, pois assenta sobre o fundamento real da solidariedade de interesses que une os estados e os conduz a garantir o cumprimento de tal ou qual convenção e a defender os direitos desta ou daquela nação.

27. As obrigações creadas pelos tratados podem extinguir-se: 1.º) pela execução integral e completa do tratado; 2.º) pela expiração do termo fixado para a sua duração; 3.º) pela realização duma condição resolutiva expressamente prevista; 4.º) pelo consentimento mutuo; 5.º) pela renuncia dum estado aos direitos que lhe confere o tratado; 6.º) pela impossibilidade de execução; 7.º) pela denuncia; 8.º) pela guerra.

Das causas apontadas exigem algumas explicações as duas ultimas e, porisso, lhes daremos algum desinvolvimento.

a) *Denuncia.* A denuncia é a notificação feita por um dos es-

tados contractantes aos demais de que não continuará a observar para o futuro as clausulas dum tratado.

A faculdade de denunciar tratados pode ser prevista e estabelecida pelos estados contractantes. O direito de denunciar é quasi sempre estipulado nos tratados de duração indefinida ou nos tratados de duração limitada mas de renovação tacita de certo em certo periodo. Comtudo, as mais das vezes, para evitar surpresas e para salvaguardar os interesses reciprocos, a denuncia deve preceder dum certo prazo, nos tratados de duração indefinida, o momento em que o tratado há de deixar de ser obrigatorio para o estado denunciante, e deve ser feita, certo tempo antes do termo fixado. São elucidativas e, porisso, as transcrevemos, para o primeiro caso, a convenção organica da União da propriedade industrial (art. 18.^o), e, para o segundo, a convenção da União para a publicação das tarifas aduaneiras (art. 15.^o). A primeira diz: «A presente convenção... estará em vigor por tempo indeterminado, até expirar um anno a contar do dia em que for feita a denuncia da mesma convenção». Na segunda lê-se: «O presente convenio... permanecerá em vigor durante sete annos. Se doze meses antes da expiração dos primeiros sete annos, o presente convenio não for denunciado, a união subsistirá durante um novo prazo de sete annos e assim successivamente de sete em sete annos».

Embora não prevista nem estabelecida, pode a denuncia ter logar, segundo alguns escriptores, no caso de tratados de efeitos continuos, successivos e indefinidos, quando se dêem modificações profundas nas condições de existencia dos estados contractantes ou nas circunstancias que determinaram os tratados.

DESPAGNET reduz a tres os casos de denuncia não prevista, a qual será legitima:

1.^o) Quando a observancia dum tratado se tornar compro-

metedora para a existencia politica ou economica dum país, devendo notar-se, comtudo, que este caso de legitimidade da denuncia só se verificará quando a conservação dos tratados representa um perigo real e verdadeiro, não bastando a simples allegação de que elles prejudicam o desenvolvimento do estado, pois que isso levaria á denuncia de todos os tratados que criam encargos para qualquer dos contractantes.

2.º) Quando mudem as circunstancias que determinaram o tratado, pois a mudança de circunstancias tira aos tratados a sua razão de ser, motivo porque a doutrina geral e a pratica internacional subintendem nos tratados de effeitos continuos e indefinidos a clausula *rebus sic stantibus*. Mas esta clausula *tacita* deve ser entendida de boa fé e não deve considerar-se como protegendo modificações accidentaes que, segundo as presumptivas intenções communs dos estados contractantes, não são de natureza a supprimir os seus compromissos.

3.º) Quando um tratado se torne incompativel com o direito commum internacional dos estados civilizados de que participam os estados contractantes, como aconteceria hoje com um antigo tratado que consagrasse o trafico de escravos.

Embora esta doutrina seja ainda hoje seguida por muitos escriptores, é, no dizer de Nys, uma doutrina cheia de perigos, pois pode ser pretexto para que muitas vezes os estados deixem de cumprir os tratados, parecendo preferivel o substitutivo da mesma doutrina que consiste em determinar directa ou indirectamente o periodo de duração dos tratados, principalmente dos referentes a condições de existencia do estado sujeitas a transformações profundas e rapidas, systema aliás já seguido por muitas vezes na pratica internacional. Desté modo salvam-se os interesses dos estados contractantes sem violar o principio da força obrigatoria dos tratados.

Mas, quando se adopte a doutrina da denuncia extraordinaria, o estado que se julgue nas circunstancias de denunciar

um tratado deve começar por pedir ao outro estado que consinta na sua abrogação, apresentando os motivos que justificam o seu pedido e offerecendo as justas compensações, se estas forem legítimas. Desta maneira, pode obter-se a abrogação por consentimento mutuo e salva-se o principio de que um estado só com o consentimento dos outros contractantes pode desonerar-se das obrigações assumidas em tratados.

b) *Guerra*. O effeito da guerra sobre os tratados concluidos entre os belligerantes varia com a natureza dos tratados.

A guerra faz cessar evidentemente de pleno direito os tratados que são incompativeis com ella, isto é, aquelles que suppõem a harmonia de cõducta politica dos estados e as suas boas relações, como são os tratados de amizade e alliança.

Deixa, porém, a guerra subsistir, e ainda é evidente, os tratados que respeitam precisamente ao estado de guerra e que são concluidos para regular os seus actos ou os seus effeitos. Tses são, por exemplo, a declaração de Paris, de 16 de abril de 1856, relativa á abolição do corso e á protecção da propriedade particular em tempo de guerra maritima, a convenção de Genebra, de 22 de agosto de 1864, relativa aos feridos e doentes durante a guerra, as convenções da Haya, de 29 de julho de 1899, relativas ás leis e costumes da guerra e á adaptação á guerra maritima das disposições da convenção de Genebra, as tres declarações da mesma data relativas á prohibição do lançamento de projecteis por meio de balões, ao não emprego de projecteis que tenham por unico fim espalhar gazes asphyxiantes ou deleterios e á prohibição do emprego de balas que se fragmentem ou achatem facilmente dentro do corpo humano, e a convenção tambem da Haya de 25 de dezembro de 1904 sobre a condição, nos portos dos estados contractantes, dos navios-hospitaes, destinados, nos termos da convenção de 1899, ao fim especial e exclusivo de soccor-

rer os feridos, doentes e naufragos durante as guerras marítimas ¹.

Ainda subsistem os tratados concluídos antes da declaração da guerra e que fixam de modo definitivo e permanente os direitos respectivos dos estados quanto a uma determinada situação, como uma delimitação de fronteiras, uma cessão de território, o reconhecimento duma dívida, etc.

Mas qual o destino dos tratados de efeitos continuos cuja existencia ou mesmo cuja applicação seja compativel com o estado de guerra e que regulem determinadas relações entre os belligerantes, como os tratados relativos a certas questões de direito privado — successões, tutelas, propriedade industrial, litteraria e artistica, fallencias, execução de sentenças, etc., e os respeitantes a interesses economicos ou sociaes — tratados de commercio e navegação, convenções telegraphicas, postaes, monetarias, aduaneiras, consulares, etc.? Variam as opiniões, mas a doutrina que tende a prevalecer e se nos antolha a mais justa parece ser a de que, devendo a guerra circumscrever-se á consecução do fim que se propõe, prevalecem os tratados que regulam outras ordens de relações, devendo apenas ser suspensa a sua execução até ao fim das hostilidades quando o estado de belligerancia não permitta continuar a sua applicação. Distingue assim a maioria dos internacionalistas com BLUNTCHLI entre *validade e execução* de semelhantes tratados, decidindo-se pela persistencia da primeira durante as hostilidades, e pela suppressão da segunda quando o exijam as necessidades da guerra. Ha, todavia, escriptores que intendem que mesmo esses tratados são annullados pela guerra e a pratica internacional ainda parece orientar-se pela sua opinião, como o mostram o tratado franco-prussiano de 10 de

¹ R. D. I. P., 1904, *Documents*, pag. 39.

maio de 1871 e a convenção adicional de 11 de dezembro do mesmo anno, os tratados de paz entre a Russia e a Turquia de 3 de março de 1878 e entre o Japão e a China de 17 de abril de 1895, e o decreto hespanhol de 24 de abril de 1898, relativo á guerra hispano-americana, onde tem sido seguida semelhante doutrina, e ainda, pelo menos em parte, o tratado de paz entre a Russia e o Japão de 5 de setembro de 1905, que considerou annullados pela guerra os tratados de commercio e navegação entre os dois países.

A maior parte dos internacionalistas ainda indica como causa de extinção dos tratados a sua inexecução por um dos contractantes, suppondo-os submettidos a uma *condições resolutive tacita* derivada da sua inexecução por alguma das potencias contractantes, condição que se torna effectiva quando se dê essa inexecução. Funda-se semelhante doutrina na ausencia dum tribunal internacional perante o qual possa tornar-se effectiva a responsabilidade do estado que falta ao cumprimento dos tratados.

Tende, porém, a modificar-se uma doutrina tão rigorosa. Em primeiro logar, o desinvolvimento progressivo da arbitragem e a constituição regular dum tribunal permanente com tendencia decisiva para se tornar obrigatorio võem abalar o fundamento da doutrina e mostrar a desnecessidade futura de considerar extinctos os tratados quando algum dos contractantes deixar de os executar, pois á inexecução poderá o tribunal oppor a competente responsabilidade. Depois, já no estado actual, o bom senso e a boa fé exigem, como nota DESPAGNET, que os tratados se considerem resilidos por virtude de inexecução apenas quando esta respeite a um ponto de certa importancia. E tanto assim, que, para evitar que algum dos estados contractantes, por alguma leve falta dos outros, se considere logo desonerado de todas as suas obrigações, se insere muitas vezes nos tratados uma clausula pela qual a inexecu-

ção de certas partes dos mesmos tratados deixa subsistir as restantes.

Os tratados concluídos por um periodo determinado acabam naturalmente quando expira o termo desse periodo. Podem, porém, os estados contractantes prolongar a validade dos tratados para além desse termo, ou de novo por um periodo determinado, ou por um tempo indefinido. É o que se chama a *prorogação* ou *renovação* dos tratados. A prorogação equivale a um novo tratado e pode fazer-se ou por um acto contractual solemne ou por troca de notas, de cartas ou de declarações identicas. Pode a prorogação ser prevista nos mesmos tratado para o caso destes não serem denunciados nos prazos determinados, dando-se então a *renovação* ou *prorogação tacita*.

Quando se levantam ou prevêm duvidas ácerca da validade ou da extincção dum tratado, *confirma-se* este por um novo tratado. A *confirmação*, que é assim a declaração de que está em vigor um tratado anterior, torna-se necessaria, por exemplo, quando são celebrados successivamente varios tratados sobre o mesmo objecto e quando um dos estados contractantes soffre transformações taes, que possa duvidar-se da permanencia da validade dos tratados anteriores.

Se um tratado extinto é de novo posto em vigor, dá-se o seu *restabelecimento*, o qual suppõe uma interrupção na vigencia do tratado, ao contrario do que acontece na prorogação e na confirmação, que são destinadas a manter ou a esclarecer a continuidade dos tratados.

28. Terminaremos estas ligeiras indicações acerca do direito internacional convencional pela comparação doutrinal e historica do tratado com o costume.

O costume é uma formação espontanea da consciencia com-

mum do mundo civilizado e por isso traduz as exigencias reaes da vida internacional; acompanha numa evolução progressiva a fluctuação das ideias e dos factos e, porisso, accomoda-se á mobilidade natural das relações internacionaes; affirma-se na generalidade e na permanencia da sua applicação e porisso reveste-se da força que sempre resulta da convergencia de elementos que se conjugam para vigorizar uma instituição. Espontaneidade, perfectibilidade e força imperativa, taes são as vantagens do costume como fonte do direito internacional. Com estas qualidades, tem, porém, o costume o inconveniente da morosidade de formação e da falta habitual de precisão, o que torna frequente a contestação das suas regras.

Por seu lado, os tratados são meios rapidos e expeditos de formular com precisão e clareza principios de direito internacional, mostrando, comtudo, os factos que elles muitas vezes apenas correspondem a condições particulares e contingentes, inspirando-se em razões de utilidade e de occasião, e muitas mais são impostos pela influencia dum dos países contractantes, nem sempre em harmonia com as indicações da consciencia geral.

De modo que, apresentando as duas fontes, costume e tratados, vantagens e defeitos que mutuamente se corrigem, ambas continuarão certamente a collaborar na formação progressiva do direito internacional, interinfluenciando-se por maneira que réciprocamente se completem, preparando o costume a celebração dos tratados e definindo os tratados as regras desinvolvidas no costume. Effectivamente, o costume encontra o termo natural da sua evolução numa formula convencional e o tratado só será uma fonte verdadeira e viva do direito internacional quando apparecer como a consagração duma pratica já seguida nos usos internacionaes ou definir uma regra de que o movimento da opinião e a influencia da doutrina tenham preparado a applicação, aliás transformar-se-á numa inutilidade ou num factor

de perturbação pelos attrictos que naturalmente fará desinvol-
ver na ordem internacional.

Passando da comparação doutrinal á comparação historica, notamos um interessante parallelismo entre a evolução formal do direito internacional e a evolução geral do direito nacional.

O direito nacional, começando por se affirmar nos usos e costumes dos povos, foi a principio exclusivamente consuetudinario. Passou mais tarde a ser principalmente escripto e, nos primeiros momentos desta sua nova phase evolutiva, eram multiplos os seus modos de formação, desde a resolução geral duma assembleia politica até á opinião simples dum jurisconsulto privilegiado. Por ultimo, o numero de fontes foi diminuindo até quasi todas se reduzirem a uma categoria generica chamada lei, ou a fórmula dum principio geral de direito declarado por um poder politico especial a que se dá o nome de poder legislativo. A observação destes factos levou COGLIOLO a concluir que a lei da evolução formal do direito era a passagem do costume para a lei¹.

Um aspecto semelhante offerece a vida historica do direito internacional. A principio só o costume creou preceitos reguladores das relações dos estados, sendo sobre o costume que se baseou o respeito reciproco dos tratados. Ao lado do costume appareceram desde cedo os tratados especiaes, que, limitados a principio a regular interesses de poucos estados, foram mais tarde tambem concluidos entre muitas nações e chegaram a definir principios geraes para regular no futuro relações internacionaes. Por ultimo, vieram os tratados geraes, celebrados por um grande numero de estados e cujo objecto não é regular interesses exclusivos desses estados, mas interesses geraes de todos os estados civilizados, para o que estabelecem

¹ *Filosofia del diritto privato*, pag. 57.

regras de conducta bastante amplas para disciplinarem as relações internacionaes relativas a esses interesses. E os tratados geraes encontram a sua expressão superior nas uniões internacionaes e universaes, as quaes obedecem a principios que alcançam a totalidade ou a maior parte dos estados civilizados, e bem assim nos tratados declaradores de direito internacional, que revestem o character de *leis* geraes da sociedade dos estados e procuram organizar cada vez melhor o regimen juridico das relações internacionaes. É, pois, verdadeira a tendencia do direito internacional para passar do costume para o principio geral convencional, que é a lei da sociedade dos estados. «O numero das regras positivas affirmadas pelo uso, escreve CATELLANI, deminue successivamente, ao passo que o das regras explicitamente codificadas tem vindo sempre aumentando. E, entre estas ultimas, as regras codificadas por convenções bilateraes têm cedido mais e mais o seu logar ás regras directamente codificadas pela obra simultanea e concordante da totalidade ou duma grande parte dos estados civilizados. Estas passagens successivas do costume á lei e da lei particular á lei geral ou universal constituem um dos traços mais caracteristicos que distinguem o progresso realizado pelo direito internacional».

O parallelismo é, pois, evidente e bem manifesta a tendencia para dar ao direito internacional um character largamente convencional.

DIVISÃO III

Fontes mediatas do direito internacional

SUMMARIO : — 29. Fontes *immediatas* e fontes *mediatas* do direito internacional. Sua differenciação. — 30. As fontes mediatas. Réconhecimento, leis nacionaes, decisões dos tribunacs, sciencia do direito internacional.

29. Como expressão da vontade *commum* dos estados, forma-se o direito internacional *immediatamente* apenas pelo costume ou pelo tratado, os unicos processos por que a vontade dos estados pode manifestar-se. Por tal motivo, só o costume e o tratado se podem considerar verdadeiramente como fontes do direito internacional.

Comtudo, a vontade dos estados ou acceita regras de conducta exigidas pelas relações internacionaes, ou se manifesta por leis nacionaes identicas, ou é informada pelas decisões dos tribunacs, ou assente a principios indicados pela sciencia do direito internacional como interprete das necessidades da comunidade dos estados, de modo que o costume e o tratado derivam o seu conteúdo dalgum dos factores determinantes ou dos meios de elaboração das regras juridicas internacionaes, que porisso se volvem em outras tantas fontes *mediatas* do direito internacional.

Alguns escriptores, não differenciando as manifestações irreductiveis da vontade dos estados, que são somente o costume e o tratado, das razões que os determinam ou do processo por que se preparam, alargam o quadro das fontes do direito internacional, fazendo ahi entrar, alem das que admittimos, — 1.º) o reconhecimento, 2.º) as leis nacionaes, 3.º) as decisões dos tribunacs, e 4.º) a sciencia do direito internacional. Con-

sideraremos cada uma destas novas fontes do direito internacional e procuraremos mostrar que ellas apenas são modos indirectos ou *mediatos* da formação daquelle direito.

30. 1.º) *Reconhecimento*. HOLTZENDORFF indica como fonte primaria do direito internacional o mutuo *reconhecimento* dos estados como membros duma sociedade regulada pelo direito e pelo qual os mesmos estados se consideram como sujeitos de direitos e obrigações dentro da communitate internacional e acceitam e cumprem preceitos obrigatorios communs reguladores dessa communitate e necessarios á sua existencia, conservação e desinvolvimento. O reconhecimento é assim a manifestação da vontade por parte dos estados de viverem em sociedade internacional e de acceitarem o regimen de mutualidade de direitos e obrigações indispensavel á manutenção daquella sociedade.

Assim considerado, o reconhecimento não é claramente uma fonte immediata, um modo especial de formação do direito internacional. É a razão da existencia desse direito; é a affirmação, na consciencia dos povos civilizados, da necessidade de viverem numa communitate regulada e garantida pelo direito, e, portanto, a base positiva de todos os preceitos do direito internacional, o qual encontra nos costume e nos tratados os seus meios de revelação. O costume e os tratados, emquanto traduzem o assentimento dos povos civilizados a preceitos obrigatorios communs, presuppõem, com effeito, o reconhecimento, que, em vez duma fonte directa do direito internacional, constitue o verdadeiro fundamento, a causa efficiente de todos os seus preceitos ou consuetudinarios ou convencionaes.

2.º) *Leis nacionaes*. DE MARTENS, HOLTZENDORFF, CALVO e outros auctores consideram a legislação interna dos differentes países como um dos modos geradores do direito internacional,

pela circumstancia de muitas vezes nessa legislação se encontrarem regras relativas ás relações internacionaes, como são as referentes á representação do estado no estrangeiro, aos poderes publicos encarregados de declarar a guerra, fazer a paz e celebrar os tratados, á extradição dos criminosos, ás presas maritimas, aos privilegios e immunições dos agentes diplomaticos, etc. Comtudo, as leis nacionaes são apenas obrigatorias para o estado que as promulga, e não podem constituir preceitos imperativos para os demais membros da sociedade internacional. Quando mesmo consagrem principios que interessem directamente ao direito internacional, apenas mostram o modo de sentir do estado que as promulga e, se effectivamente tiverem um verdadeiro valor doutrinal e pratico, podem contribuir para a formação dum costume internacional ou preparar a celebração dum tratado, mas em caso algum crearão, só de per si, preceitos juridicos de caracter internacional ⁴.

3.º) *Decisões dos tribunaes*. Porque, por vezes, os tribunaes communs dos differentes países e, sempre, os tribunaes especiaes para o julgamento de presas maritimas ou os tribunaes de arbitragem internacional discutem e resolvem questões de direito internacional, pretendem certos escriptores que os respectivos julgados constituem uma fonte daquelle direito.

Poucas considerações bastam, porém, para mostrar a falta de fundamento de tal doutrina. Os tribunaes communs ou os tribunaes de presas são tribunaes nacionaes e, por isso, as suas decisões só têm auctoridade exclusivamente moral afóra dos casos especiaes que as provoquem. Os tribunaes arbitraes, além de se limitarem, em regra, a applicar principios já esta-

¹ PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 27 e segg.

belecidos, são constituídos por meio de tratados especiaes e, porisso, as suas sentenças e decisões, em vez de fontes proprias de direito internacional, são o resultado daquelles tratados, não devendo ainda esquecer-se que a auctoridade dessas sentenças se limita aos casos a que dizem respeito. Semelhantes ás decisões dos tribunaes de arbitragem são as das comissões internacionaes encarregadas de gerir certos interesses communs de varios estados, como são as commissões estabelecidas para assegurar a liberdade de navegação do Danubio e do Congo. As resoluções por ellas tomadas têm a força que deriva dos tratados que as criam¹. Portanto, tambem as decisões dos tribunaes, em vez dum modo de formação do direito internacional, são meios de afirmar o sentir dos diversos estados e apenas podem, quando harmonicas com as necessidades da comunidade internacional, favorecer a criação de costumes ou a celebração de tratados.

4.º) *Sciencia do direito internacional*. Não é raro ver considerar a sciencia do direito internacional como fonte do mesmo direito. No entanto, ainda aqui nos parece que é sem fundamento que assim se pensa.

A sciencia do direito internacional e os trabalhos dos grandes internacionalistas exercem por certo uma função importantissima na elaboração progressiva do direito internacional, emquanto systematizam e criticam o direito formado e traçam com segurança o caminho das reformas a introduzir-lhe, e, porisso, o estudo das obras dos grandes representantes da nossa sciencia, como SAVIGNY, KLÜBER, HEFFTER, BLUNTSCHLI, NEUMANN, HOLTZENDORFF, BULMERINQ, LISZT, PRADIER, PHILIMORE, LORIMER, TWISS, HALL, LAWRENCE, FIORE, SANDONA,

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 69.

MAMIANI, CARNAZZA-AMARI, PIERANTONI, CATELLANI, DE MARTENS, WHEATON, BEACH, HALLECK, FIELD, WOOLSEY, CALVO, VON BAR, DICEY, RIVIER, NYS¹, etc., será sempre um recurso indispensavel para o conhecimento consciencioso e para a segura solução dos problemas relativos ao regimen juridico das relações internacionaes. Todavia, nem a sciencia é um codigo das nações, nem os grandes internacionalistas são jurisconsultos diplomados com o poder de dar ás suas opiniões o valor de preccitos de lei na sociedade internacional. A sciencia é uma lição que indica aos estados o caminho a seguir na sua conducta dentro da sociedade internacional e o internacionalista é um guia, um conselheiro, que lhes aponta em cada caso o melhor criterio do seu procedimento. Porisso, os principios da sciencia e o conselho dos sabios só serão lei na sociedade dos estados quando, por uma pratica uniforme ou por uma convenção solemne, forem consagrados pela consciencia geral do mundo civilizado.

Consequentemente, o costume e os tratados ficam como os unicos modos de formação immediatos do direito internacional que merecem este nome. As demais fontes indicadas pelos escriptores, ou constituem o presupposto de todo o direito internacional, ou são elementos para constituir e verificar o costume e para preparar, interpretar e executar os tratados, ou representam meios de conhecer e de reformar o regimen juridico das relações dos povos, e sempre constituem antecedentes sociaes ou logicos dos preceitos produzidos pelo costume ou pelos tratados.

¹ BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 68 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 33 e segg.

§ III

Codificação do direito internacional ¹

SUMMARIO : — 31. Origem do problema da codificação do direito internacional. Desenvolvimento progressivo das tendencias de codificação. — 32. Discussão do problema. Dificuldades e inconvenientes duma codificação completa. — 33. A codificação parcial e progressiva apoiada nos factos e suffragada pela doutrina. — 34. O melhor processo para realizar a codificação. — 35. A revisão periodica como meio de accommodar a codificação ás necessidades variaveis da vida internacional.

31. Embora positivo, o direito internacional tem por vezes o defeito grave da falta de precisão e de homogeneidade das suas regras, devido ou á incerteza do costume ou á frequente contradicção e instabilidade dos tratados. Estas circunstancias suggeriram a ideia de reunir num todo organico os principios reguladores das relações dos estados, distribuindo-os methodicamente num código internacional.

Ligada certamente á declaração de Catharina II da Russia, de 28 de fevereiro de 1780, relativa á *neutralidade armada*, á qual adheriu um grande numero de estados e que continha os principios que deviam regular a situação dos neutros du-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 255 e segg.; FIORE, *Diritto internazionale codificato*, pagg. 66 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 130 e segg.; *Éléments de droit des gens*, pagg. 52 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 890 e segg.; CASANOVA, *Diritto internazionale*, pagg. cxxviii e segg.; PIÉDELIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 29 e segg.; RVIER, *Principes*, vol. I, pagg. 38 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 75 e segg.; MARQUÉS DE OLIVAR, *Derecho internacional publico*, pagg. 84 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 166 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 26 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 41; etc.

rante as guerras marítimas ¹, appareceu já em 1782 em Leipzig uma publicação com o titulo de *Codigo maritimo geral para a conservação da liberdade da navegação e do commercio das nações neutras em tempo de guerra*.

No periodo revolucionario organizou GRÉGOIRE, como vimos, o projecto de *Declaração do direito das gentes*, o qual era um rudimento de codificação, emquanto proclamava em vinte e um artigos um pequeno numero de principios geraes e absolutos, que deviam basear o regimen das relações internacionaes. O projecto foi rejeitado pela Convenção em 1792 e 1795, mas ficou como um documento da tendencia para codificar o direito internacional ².

No seu sonho de codificação universal de todas as coisas e para todas as nações, propunha BENTHAM, na sua *Vue générale d'un corps complet de législation*, nada menos de dez codigos, entre os quaes apparecia um *Codigo de direito internacional contendo os direitos e obrigações do estado para com os outros estados* ³.

A ideia foi ganhando terreno, á corrente doe seus partidarios foi engrossando, apparecendo successivamente nos diferentes paises tentativas de codificação doutrinal do direito internacional. Em 1846 apparece na Hespanha o *Codigo de derecho internacional* de ESTEBAN FERRATER; em 1851 publica o genovês PAROLDO, em Turim, o seu *Saggio di codificazione del diritto internazionale*; em 1861 DOMIN-PETRUSHEVEZ faz sair em Leipzig o *Précis du code du droit international*, em que tenta com successo reünir methodicamente os tratados internacionaes; em 1863 organiza LIBER, professor em New-

¹ BORGES DE CASTRO, *Collecção de tratados*, tom. III, pagg. 310 e segg.

² RIVIER, *ob. cit.*, pag. 40.

³ NYS, *R. D. I.*, tom. XXIII, pag. 486.

York, as *Instructionis for the government of armies of the United States in the field*, instrucções que foram revistas por uma commissão de officiaes e ratificadas pelo presidente Lincoln¹; em 1868 apparece o notavel trabalho de BLUNTSCHLI *O direito internacional codificado*, obra que teve uma vasta publicidade e gosa duma grande auctoridade no mundo diplomatico; em 1872 dá DUDELEY-FIELD á luz da publicidade em New-York as *Primeiras linhas dum codigo internacional*; em 1890 enriquece FIORE a literatura juridica com o seu precioso trabalho *Il diritto internazionale codificato*, melhorado em edições de 1898 e de 1900 e considerado uma obra de subido valor entre os internacionalista; etc.

Mas uma nova ordem de factos vem provar que a ideia da codificação ganhou a sympathia de muitos espiritos. O movimento codificador de character individual é acompanhado dum movimento similar de character colectivo, sendo creados em diversos países institutos, destinados a promover os progressos do direito internacional, que incluem no seu programma o plano de favorecer a codificação daquelle direito. Assim, em 15 de setembro de 1873, constitue-se em Gand *O Instituto do direito internacional*, lendo-se no art. 1.º do seu estatuto — «O Instituto tem por fim favorecer o progresso do direito internacional: 2.º) dando o seu cancurso a toda a tentativa seria de codificação *gradual e progressiva* do direito internacional», o que tem sido rigorosamente cumprido, pois que o Instituto, em sessões successivas, vem estudando os problemas do direito internacional e dando ás suas conclusões a fórma duma codificação parcial das regras relativas a determinados grupos de relações internacionaes; como pode ver-se do seu *Annuario*, cuja colleção já conta 20 volumes, além duma especie de indice, pu-

¹ BLUNTSCHLI, *Droit int. codifié*, pagg. 499 e segg.

blicado em 1893, dos trabalhos do Instituto de 1873 a 1892; no mesmo anno de 1873, a sociedade americana *International code committee* promove a celebração dum congresso internacional em Bruxellas, o qual reuniu a 10 de outubro e donde resultou a fundação da *Associação para a reforma e codificação do direito das gentes*, que desde 1894 tomou o titulo de *Associação de direito internacional*, que publica em Londres o relatorio dos seus trabalhos com o nome *Rapport of the annual conference* e cujo programma é indicado pelo seu primeiro titulo; em 1880 forma-se em S. Petersburgo a *Sociedade russa de direito internacional*, cujo fim é, segundo informa DE MARTENS, auxiliar por todos os meios a codificação dos principios do direito internacional; em 1896, o *Officio internacional das sociedades da paz*, creado pelo congresso universal da paz na sessão de Berne de 1892, apresenta ao mesmo congresso na sessão de Budapest, sessão destinada principalmente a discutir a redacção dum código de direito internacional, o projecto, em 19 artigos, do titulo preliminar e do titulo primeiro do código internacional, os quaes foram approvados pelo congresso quasi integralmente¹; etc.

É ainda de notar que a ideia da codificação do direito internacional foi consagrada de modo quasi-official pela *União interparlamentar para a paz e arbitragem* e já começou a manifestar-se nas assembleias diplomaticas. Com effeito, a União interparlamentar decidiu-se claramente, nas conferencias de Christiania, de 1899, e de Vienna, de 1903, pela codificação do direito internacional tanto publico como privado, e o congresso diplomatico pan-americano do Mexico, de 1901-1902,

¹ R. D. I. P., 1894, pagg. 456 e segg. e 1896, pagg. 688 e segg.; JITA, *La méthode du droit int. privé*, pagg. 392 e segg.; *La justice internationale* (1903-1904), pag. 393.

entre as suas numerosas resoluções, emittiu um voto relativo á preparação de dois codigos internacionaes, um de direito publico e outro de direito privado, codigos que regulariam para o futuro todas as relações interamericanas, sendo depois resolvido pelos estados interessados que a grande tarefa seria confiada a uma commissão de sete jurisconsultos de nomeada, cinco americanos e dois europeus ¹.

Á medida, porém, que se desinvolvia todo este trabalho de character individual e collectivo no sentido de auxiliar o movimento codificador, formou-se no mundo intellectual uma corrente de divergencia, oppondo-se muitos escriptores á codificação do direito internacional, já em nome da impossibilidade de a realizar, já em virtude dos inconvenientes que viria produzir, já mesmo em razão da sua esterilidade pratica. Trouvou-se assim no campo da sciencia uma discussão notavel, cujos termos convem conhecer e cuja solução muito importa ao destino da evolução formal do direito internacional.

32. A ideia da codificação nasceu da incerteza que offerencia o direito internacional consuetudinario, da instabilidade e contradicção de muitos tratados e das mil controversias que essa incerteza, essa instabilidade e essa contradicção naturalmente produziam.

A primeira razão adduzida pelos partidarios da codificação foi, porisso, a necessidade dum trabalho de depuração, que desembaraçasse o direito pratico das obscuridades, das contradicções e das regras já caídas em desuso.

Depois, um codigo de regras claras e bem definidas, accres-

¹ *R. D. I. P.*, 1903, pag. 816; *R. D. I.*, 1902, pag. 565; *Compte-rendu* da conferencia da União interparlamentar, de Christiania, pagg. 65 e segg., e de Vienna, pagg. 5 e segg. e 110 e segg.

centavam, seria o melhor meio de espalhar o conhecimento do direito internacional e de tornar patente a verdadeira situação jurídica de cada estado dentro da sociedade das nações pela determinação precisa dos seus direitos e das suas obrigações.

Demais, a codificação, precisando o direito internacional e alargando o seu conhecimento, vinha contribuir para que esse direito fosse respeitado, já que a precisão e o conhecimento dos preceitos jurídicos são condições evidentes do seu cumprimento.

Por fim, a codificação, que não podia deixâr de assentar no accordo mutuo dos estados, seria um ensejo para ir harmonizando a conducta dos mesmos estados nos differentes quadros das relações internacionaes ¹.

Estas considerações não tiveram, todavia, força para produzir a harmonia do pensamento scientifico quanto ao reconhecimento da legitimidade da codificação do direito internacional e, por uma fórma mais ou menos radical, foi esta impugnada por muitos escriptores.

A alguns anteoitou-se ella inconveniente e prematura, porquanto vinha quebrar o laço organico que prende o direito internacional á vida dos povos, sustando-lhe o desinvolvimento ainda na infancia da sua evolução e obstando a que os seus principios se fortificassem convenientemente.

Para outros, a codificação, além de intempestiva por falta duma conveniente preparação nos factos e nas doutrinas, é sobremodo difficil, se não impossivel, de realizar, pois seria absolutamente problematico o conseguir o accordo dos estados sobre a consignação de principios reguladores da generalidade das relações internacionaes, não passando duma utopia a organização dum código que, approvado por uma convenção dos

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 258 e segg.

estados civilizados, fosse obrigatorio em todas as suas relações mutuas ¹.

Mas, ainda que opportuno e possivel, o codigo internacional seria, no pensar de alguns auctores, inutil e esteril, pois, para ter vantagens praticas, supporia a existencia dum tribunal internacional que assegurasse a unidade da sua interpretação e exigiria que as sentenças deste tribunal tivessem garantias de execução, para a sua jurisdicção não ficar meramente platónica, e a verdade é que não existe um tribunal internacional obrigatorio e permanente e, que o houvesse, não seria facil obter a cooperação dos estados para fazer executar as suas resoluções.

Qual das duas correntes doutrinaes traduzirá a verdade scientifica?

A nosso ver, prejudicaram a questão todos os escriptores que pretenderam dar-lhe uma solução absoluta, ou sustentando a conveniencia, facilidade e utilidade pratica duma codificação geral do direito regulador de todas as relações internacionaes, ou impugnando toda e qualquer tentativa de codificação.

As soluções absolutas são sempre perigosas, porque o absoluto se não compadece com o modo de ser do homem e das sociedades. O problema da codificação do direito internacional tambem não pode ter uma solução absoluta. Seria estulta ingenuidade suppor possivel e pratica a codificação simultanea de preceitos reguladores de toda a vida internacional, antes que as tendencias dos factos e a elaboração doutrinal preparem a fixação, ao menos temporaria, de principios de conducta intersocial. Seria, por muitas vezes, formular preceitos em des-harmonia com as exigencias da commuidade internacional e,

¹ HOLTZENDORFF, *Introduction*, pag. 132.

por isso, ou estereis, por não lhes ser dado cumprimento, ou perigosos, por poderem trazer a perturbação á ordem internacional.

Comtudo, não é menos inaceitavel e repugnante o dilemma de BULMERINQ, que, seguindo a estranha doutrina de que ou deve fazer se uma codificação geral ou não se pensar em codificação alguma, adopta esta ultima solução, diante da impossibilidade de organizar um codigo internacional regulador de todas as relações dos estados ¹.

Felizmente, a lição dos factos veio corrigir os exaggeros doutrinaes e hoje o problema encontra uma solução relativa apoiada nos mesmos factos e suffragada pela sua interpretação scientifica. Vejamos, pois, o que ensinam os factos e o que sobre elles pensam os escriptores bem orientados.

33. Os factos mostram que os estados civilizados têm codificado já, em tratados successivos, muitos dos principios reguladores das relações internacionaes. Assim: os tratados de Vienna de 1815 e de Aix-la-Chapelle de 1818 organizaram regulamentos diplomaticos e determinaram a graduação dos enviados internacionaes; os tratados de Vienna de 1815, de Paris de 1856, de Manhein de 1868 e de Berlim de 1885, regularam a navegação dos grandes rios internacionaes; o tratado de Paris de 1856 aboliu o corso maritimo e regulou a protecção da propriedade dos neutros em tempo de guerra; o tratado de Berlim de 1885 regulou a aquisição da soberania sobre territorios das costas do continente africano; as convenções de Genebra de 1864 e 1868 e a convenção da Ilaya de 1899 estabeleceram a protecção dos doentes e feridos durante as hostilidades, tanto na guerra terrestre como na guerra maritima; a convenção de S. Petersburgo de 1868 prohibiu o

¹ CASANOVA, *ob. cit.*, pag. CXLVI.

emprego de balas explosivas; as convenções que crearam as grandes uniões internacionaes, geodesica¹, telegraphica, de pesos e medidas², postal, para a protecção da propriedade industrial³, para a protecção da propriedade artistica e litteraria⁴, para a repressão do trafico de escravos⁵, para a publicação das pautas aduaneiras⁶, dos caminhos de ferro⁷, dos assucares⁸, de sismologia⁹, e sanitaria¹⁰, etc. regularam importantes e multiplices relações internacionaes; a convenção da Haya de 14 de novembro de 1896 começa e as convenções tambem da Haya de 12 de junho de 1902 e de 17 julho de 1905 continuam a codificação do direito internacional privado, realizando uma das grandes aspirações de MANCINI e coroando o trabalho persistente de ASSER; o acto final da conferencia da paz, de 29 de julho de 1899, regula a resolução pacifica dos conflictos internacionaes e procura precisar as leis e costumes da guerra¹¹; etc. Estes e ainda outros factos

¹ Sr. CONDE D'AVILA, *Breve noticia d'alguns trabalhos da Associação geodesica internacional*, Lisboa, 1891.

² Carta regia de 28 d'abril de 1876. *Nov. col. de trat.*, vol. iv, pag. 101.

³ Cartas regias de 17 d'abril de 1884, 11 de outubro de 1893, e 8 d'agosto de 1901.

⁴ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, tom. xii, pagg. 1 e segg.

⁵ Carta regia de 24 de março de 1892.

⁶ Carta de lei de 3 d'agosto de 1891.

⁷ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, vol. xix, pagg. 290 e segg.

⁸ MARTENS, *ob. e ser. citt.*, tom. xxxi, pag. 272 e segg.

⁹ *Boletim da direcção geral da instrucção publica*, anno iii, pagg. 467 e segg.

¹⁰ MARTENS, *ob. e ser. citt.*, tom. xix, pagg. 260 e segg., xx, pagg. 3 e segg., e xxiv, pagg. 516 e segg.; Carta regia de 21 de setembro de 1893; *R. D. I. P.*, 1904, pagg. 199 e segg.

¹¹ *R. D. I. P.*, 1901, pag. 387; *R. D. I.*, vol. xxv, pagg. 1521 e segg., vol. xxvi, pagg. 394 e segg.; vol. xxviii, pag. 573, e vol. xxxiv, pagg. 486 e segg.; ASSER, *La codification du droit int. privé*, Bruxelles, 1893.

mostram a evidencia que a codificação do direito internacional não é mera utopia e indicam o modo pratico de a realizar, que é por um processo gradual e progressivo, á medida que a doutrina fôr fixando os principios e as condições de facto da vida internacional tornarem possível o accordo dos estados sobre uma determinada ordem de relações.

E a lição dos factos é tão persuasiva, que vigorosos defensores da codificação geral, como DE MARTENS, confessam que esta é sobremodo difficil e reconhecem que a codificação gradual e progressiva é o meio pratico de a realizar, e alguns dos mais decididos impugnadores da mesma codificação geral, como HOLTZENDORFF e DESPAGNET, suppõem possível e consideram util a codificação parcial dos principios reguladores dos interesses internacionaes sobre os quaes se fôr definindo o accordo dos estados.

Seguimos de bom grado na corrente da codificação gradual e progressiva, como a unica firmada nos factos e a mais acreditada na doutrina. Subscrevemos as razões que justificam a codificação, emquanto ella precisa o direito, facilita o seu conhecimento, condiciona o seu respeito e representa um factor do progresso do direito internacional, mas intendemos que não devem codificar-se senão os principios já consagrados pelos usos internacionaes ou aquelles cuja acceitação esteja preparada pela maturação doutrinal e por um pronunciado movimento de opinião. Tanto consideramos um erro não legislar quando é possível fixar principios juridicos, como fazê-lo quando essa possibilidade não assenta em dados positivos. E, codificação completa, ainda se não conseguiu no direito nacional, para ser possível a sua realização na ordem internacional.

De resto, a possibilidade da codificação parcial está demonstrada por factos bem numerosos, e, o dizer-se que a utilidade da codificação depende da existencia dum tribunal internacio-

nal, é esquecer que a garantia do direito está mais na convicção da necessidade dos seus preceitos do que na intervenção do tribunal e da força publica para o tornar effectivo. Se, com effeito, os estados civilizados se convencem da utilidade de definir certos preceitos da sua conducta reciproca e chegam a um accordo para os fixar, na grande maioria dos casos cumprí-los-ão espontaneamente e nos restantes lembrar-se-ão das fórmulas de sanção que em outro logar apontamos.

E, para finalizar, não julgamos indifferente recordar o que já dissemos ácerca da evolução formal do direito em geral e do direito internacional em particular. Essa evolução appareceu-nos dominada por um principio geral, que no direito nacional produzira a passagem do costume para a lei e no internacional determinava a transição das regras consuetudinarias para os principios geraes de caracter convencional e, em todo o caso, operava a tendencia para a codificação, a qual poderá tornar-se geral num futuro mais ou menos remoto, quando puder obter-se o accordo dos estados ácerca do regimen juridico da generalidade das relações internacionaes.

34. Aceite o principio da codificação gradual e progressiva, importa determinar o processo da sua realização.

Este processo deve atravessar naturalmente tres momentos, um de preparação scientifica, outro de concerto diplomatico e outro de resolução final: o primeiro destinado a fixar os principios doutrinaes reguladoaes duma certa ordem de relações internacionaes; o segundo tendente a estabelecer o accordo dos estados; o terceiro consagrado á manifestação do assentimento dos mesmos estados a principios obrigatorios communs.

A preparação doutrinal pertence certamente aos publicistas e jurisconsultos que especialmente se entregam ao estudo dos problemas do direito internacional, os quaes podem, em cada estadio da evolução da sociedade dos estados, determinar os

principios que melhor devam regular as differentes ordens das suas relações. Mas, porque se trata de regular e coordenar interesses de differentes nações, justo é que, ás opiniões isoladas de tal ou qual escriptor, a quem pode escapar o modo de ser especial deste ou daquelle estado e que, embora inconscientemente, pode propender para a defesa excessiva dos interesses do seu país, se prefira o voto colectivo de jurisconsultos dos diversos estados, cujas ideias se combinem e corrijam mutuamente e cujas resoluções traduzam a conciliação dos interesses particulares de cada nação com os interesses geraes da comunidade internacional.

Este razoavel systema é aconselhado por DE MARTENS, HOLTZENDORFF e DESPAGNET e constitue o principio que presidiu á fundação do Instituto de direito internacional e sempre tem orientado os seus trabalhos. Effectivamente, o Instituto, nas suas differentes sessões, ao mesmo tempo que reúne jurisconsultos de todos os países e discute os varios problemas do direito internacional, tem elaborado um grande numero de regulamentos particulares relativos a certas ordens de relações e preparado o caminho para a obra da codificação progressiva, sendo já numerosos os casos em que as resoluções do Instituto foram aproveitadas na celebração de tratados e assim passaram para a pratica internacional. Foi assim que os trabalhos da benemerita instituição influiram decididamente na conferencia de Berlim de 1885 na parte relativa á navegação do Congo e do Niger, na conferencia da paz de 1899 sobre a regulamentação da arbitragem internacional e sobre a codificação das leis e costumes da guerra, nas conferencias de direito internacional privado da Haya de 1893, 1894, 1900 e 1904 e nas convenções de 14 de novembro de 1896, 12 de junho de 1902 e 17 de julho de 1905 resultantes daquellas conferencias, o que tudo pode verificar-se confrontando as resoluções do Instituto com as clausulas dos respectivos tratados.

A preparação doutrinal segue-se a preparação diplomatica e esta tem de realizar-se em congressos ou conferencias de representantes dos estados civilizados, os quaes, ponderando as indicações da sciencia, medindo os interesses de cada estado e apreciando as exigencias da communitate internacional, formulem as regras que devem presidir a uma ou outra ordem de relações internacionaes.

Vem, por fim, a sancção dos estados e esta só pôde verificar-se por meio dum tratado geral, que seja assignado ou accito pelos mesmos estados.

35. O destino da codificação internacional é semelhante ao das codificações nacionaes, consistindo em dar precisão e clareza aos preceitos juridicos, não por uma fixação definitiva, mas numa formula cuja duração ha de ser determinada pela maior ou menor permanencia das circunstancias que presidem á formação do direito.

Porisso, quando essas circunstancias mudem, a formula deve ser substituída e a codificação revista. É o meio natural de evitar que a codificação constitua um obstaculo ao desenvolvimento progressivo do direito internacional. Logo que novas circunstancias, novos usos, novas correntes doutrinaes e novos movimentos de opinião aconselhem novos preceitos juridicos, deve renovar-se o processo da codificação, para esta se harmonizar com as exigencias actuaes da consciencia geral. É neste sentido o pensar de RIVIER, quando escreve — «se se devesse chegar um dia a uma codificação mais ou menos geral, conviria prever revisões periodicas», pensamento a que têm obedecido diversas convenções, como as convenções reguladoras da União postal e da União para a protecção da propriedade industrial, as quaes estabelecem formalmente o principio das revisões periodicas para modificar as suas disposições no sentido de aperfeiçoar o regimen das relações internacionaes a que respeitam.

E este principio de revisão periodica deve ser expressamente estatuído nos tratados de codificação, para evitar que qualquer dos estados signatarios opponha embaraços á remodelação progressiva desses tratados.

§ IV

Dominio objectivo do direito internacional ¹

SUMMARIO: — 36. O direito internacional e o direito nacional. — 37. O direito internacional e a moral das nações. — 38. O direito internacional e a *comitas gentium*. — 39. O direito internacional e a politica exterior ou diplomacia.

36. Expressão e garantia da commuidade dos estados, o direito internacional amplia e completa a protecção com que o direito nacional assegura dentro de cada país os interesses geraes da collectividade e os interesses singulares dos individuos, concorre com a moral das nações e com a cortesia internacional para disciplinar as relações dos estados, e encontra na diplomacia ou politica exterior a arte de melhor o applicar em beneficio de cada país. Exige, por isso, a determinação precisa do dominio objectivo do direito internacional o seu confronto com o direito interno e com a moral e cortesia internacional, para fixar as respectivas espheras de acção, bem como com a diplomacia, para estabelecer as suas naturaes relações.

¹ HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 47 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 243 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 24 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 16 e 17; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 53 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 15 e segg.; NYS, *Les points de contact du droit international avec d'autres matières*, na *R. D. I.*, 1903, pagg. 163 e segg.; e *Le droit international*, pagg. 184 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pag. 24; etc.

O direito nacional, nas suas diversas manifestações, define a situação jurídica do individuo tanto em relação aos seus concidadãos como em relação ao estado, regula a organização e o funcionamento dos poderes publicos e chega a determinar os representantes do estado e a sua missão nas relações internacionais. Todavia, o seu imperio normal acaba com o territorio do estado e as suas garantias não vão além das fronteiras do país para assegurar os interesses do individuo ou as conveniencias da collectividade. Porisso, se os individuos têm de sair da sua terra e os estados exercer uma acção qualquer fóra do seu territorio, ou essa situação e acção exteriores hão de ser apenas de facto, ou ha de apparecer um novo direito, que, continuando o direito nacional, proteja juridicamente a situação do individuo e a acção do estado.

Como vimos, predominou a principio a precaria condição de facto, para se afirmar, afinal, a condição de direito com a formação do direito internacional. Este direito foi verdadeiramente uma ampliação do direito nacional, alargando para fóra de cada estado a garantia dos direitos do individuo e a protecção dos interesses nacionaes, e foi tambem fatalmente um modificativo do mesmo direito, emquanto precisou de conjugar os interesses proprios de cada nação com os interesses geraes da communitate internacional.

É facil descobrir as relações e estabelecer as differenças entre o direito nacional e o direito internacional. Complementares na sua função de garantia, prende-os um laço intimo de reciproca influencia e desinvolvem-se solidariamente. Para nós convenceremos de que assim é, basta comparar o direito internacional com o direito civil, com o direito penal e com o direito politico.

O direito civil interno, definindo o estado e a capacidade do individuo, determinando as suas relações de familia e regulando a propriedade, as obrigações e as successões, em har-

mônia com o modo de ser e pensar do respectivo país, indica ao direito internacional o sentido geral em que os direitos do individuo devem ser garantidos fóra da sua patria. É porisso que todo o estudo serio de direito internacional privado leva em linha de conta o modo como se encontram organizadas em cada país as instituições do direito civil e considera a legislação comparada como um elemento de informação absolutamente indispensavel.

Todavia, o direito internacional não se limita a assegurar aos individuos de qualquer país o exercerem em toda a parte a sua actividade em plena harmonia com as suas leis nacionaes, mas restringe ou modifica estas em attenção aos principios de ordem publica da nação em que esses individuos pratiquem actos juridicos e em obediencia ás exigencias da communiidade internacional. De fórma que o direito internacional pode aproveitar dos direitos nacionaes indicações ácerca do melhor meio de resolver os conflictos das legislações civis, e, a seu turno, os direitos nacionaes encontrarão nos progressos do direito internacional uma lição sobre o modo de se encaminharem para uma possivel uniformização.

O direito penal, cuja funcção consiste em prevenir e reparar as perturbações mais ou menos alarmantes da ordem juridica nacional, encontra um auxiliar poderoso no direito internacional, emquanto este, regulando os meios, por exemplo a extradicação, de assegurar a punição dos delinquentes que procuram a impunidade fóra do seu país, completa o systema da defesa social contra a criminalidade.

O direito politico, organizando os poderes publicos conforme os principios constitucionaes que mais convêm ás condições especiaes de cada país e determinando as autoridades que hão de representar o estado nas relações internacionaes, tem no direito internacional um natural continuador na determinação do modo como esses representantes hão de conduzir-se no cum-

primento da sua missão e hão de defender os interesses do seu país. Do direito internacional também o direito politico receberá lições ácerca das modificações que porventura haja a fazer na constituição do país, quando esta não facilite o gozo das vantagens do direito internacional e a nação aspire á sua integral fruição.

37. A conducta dos estados é regulada por preceitos de varias ordens, os quaes concorrem todos para coordenar harmonicamente a acção reciproca das nações, mas cujo valor é differente consoante o modo por que a consciencia geral concebe o seu cumprimento.

Preceitos ha que asseguram e garantem relações internacionaes que os povos consideram necessárias á sua conservação e desenvolvimento num determinado momento historico, e esses revestem a força obrigatoria dos preceitos juridicos, constituindo o direito internacional.

Outros, porém, referem-se a condições que, se tornam mais perfeita a vida internacional, não parecem ao mundo civilizado indispensaveis á existencia da sociedade dos estados. É o que acontece, por exemplo, com os actos de beneficencia internacional por occasião das grandes catastrophes, como os socorros enviados ás populações victimas da fome ou arruinadas pelas inundações, que são manifestações dum elevado sentimento moral, mas não constituem deveres juridicos. Semelhantès preceitos formam o que pode chamar-se a moral das nações, a qual amplia com a fórma de *simples espontaneidade* a acção de *necessidade* e de *reciprocidade* do direito internacional.

A historia das relações internacionaes mostra, comtudo, que a moral e o direito das nações caminham numa especie de equilibrio movel, por maneira que muitos preceitos, que, até certa altura da evolução, eram meramente moraes, passaram a ser juridicos, pelo facto de se comprehendem de modo differente as relações a que elles se referiam. É exemplo typico

o da extradição dos criminosos, que appareceu com o caracter dum simples dever moral e hoje offerece o aspecto duma verdadeira obrigação juridica imposta pela communitate internacional, se a não formulam expressamente tratados de extradição. O mesmo deve dizer-se dalguns caracteristicos symptomas da *humanização* da guerra, como a assistencia aos doentes e feridos, a suppressão do corso e a prohibição das balas explosivas, outros tantos factos que modernamente foram consagrados juridicamente, podendo concluir-se que o ambito do direito internacional tende a alargar, a expensas da moral, por se tornar cada vez maior o numero de condições que a consciencia geral do mundo civilizado considera necessarias á conservação e ao progresso dos povos.

38. Com o direito internacional ainda coopera, para normalizar a conducta dos estados, um conjuncto de preceitos a que se dá geralmente o nome de cortesia internacional — *comitas gentium*.

A cortesia internacional consiste em actos de amizade, benevolencia e polidez reciproca das nações, correspondendo, no dizer de RIVIER¹, nas relações entre os povos, aos habitos de boa educação entre particulares, e sendo, segundo a descreve o publicista americano BOWEN, uma combinação de polidez, de amizade e de respeito. E, porisso, actos de cortesia são todos aquelles que tendem a tornar boas e affectuosas as relações entre os diversos estados, como a participação que umas nações tomam nas grandes festas das outras nações, as saudações e os sentimentos que se trocam por occasião dos acontecimentos que as alegam ou entristecem, as visitas dos chefes de estado e das esquadras, a concessão de distincções

¹ *Ob. cit.*, pag. 25

honoríficas aos dignitários estrangeiros, a clausula de assimilação á nação mais favorecida introduzida nos tratados de commercio, a saudação entre navios de differentes nacionalidades no alto mar ou nas aguas territoriaes duma terceira potencia, tudo, enfim, que possa ser uma prova de attenção de qualquer estado para com os outros.

Os actos de cortesia internacional têm evidentemente o merito de approximar os estados e facilitam por certo o cumprimento dos preceitos do direito internacional. Differem, porém, destes em que, embora supponham como elles o principio da *reciprocidade*, são de pratica *facultativa* e cuja omissão, se pode enfraquecer a cordialidade das relações dos estados, nunca pode conduzir a um pedido de reparação, a actos violentos ou a um rompimento de hostilidades, o que tudo pode resultar da violação do direito internacional.

Tambem a cortesia internacional differe da moral das nações em que esta é independente da ideia de *reciprocidade* e apenas representa um producto da consciencia do povo que a concebe e que a pratica, ao passo que aquella só se observa sob a condição da *reciprocidade* e assenta em considerações de *mutua utilidade*.

39. Ao lado da sciência do direito internacional, que determina preceitos de conducta dos estados para que elles possam viver dentro da communitate internacional, está a *arte* de applicar esses preceitos pelo modo que mais se harmonize com os interesses de cada estado.

Esta arte, pela qual o governo dum país, respeitando sempre o direito internacional, procura valer-se das instituições desse direito para dar satisfação aos interesses nacionaes nascidos da situação geographica, do grau de civilização ou da vida politica do estado, constitue a *politica exterior* ou a *diplomacia*. A diplomacia dirige, pois, a acção internacional dos

estados em harmonia com o direito internacional, ao qual vae dando a applicação e a fôrma mais opportunas. «O direito, diz BULMERING, ordena e não deixa escolha; a politica offerece meios diversos para obter o mesmo fim e permite escolher livremente». Assim, emquanto o direito internacional indica o modo de celebrar tratados e fixa a sua força obrigatoria, a diplomacia determina as vantagens ou as desvantagens que pode haver em os concluir, e, emquanto o direito internacional alarga o seu dominio regulando relações que até então eram apenas de simples cortesia ou de character moral, a diplomacia aprecia a conveniencia da sua codificação.

A direcção habil e justa da acção internacional dos estados pode promover decididamente os progressos do direito internacional, como se vê das grandes reformas por ella operadas e de que resultaram a constituição das uniões internacionaes organizadoras e protectoras de certos direitos e interesses dos estados civilizados, a *humanaização* das leis da guerra, as resoluções dos congressos e conferencias, etc., e até pode ser um meio de sancção do direito internacional, approximando para uma defesa commum os povos que correm o risco de ser victimas da violação desse direito por parte duma potencia forte e ambiciosa. Mas, para conseguir estes resultados, precisa a diplomacia de se firmar no direito e na moral das nações e não representar apenas a expressão disfarçada dum jogo de apparencias e de astucia, aliás ninguem terá fé na sua efficacia e serão mesquinhos os seus resultados. Felizmente, os espiritos vão-se convencendo de que a justiça no direito internacional é o verdadeiro sustentaculo da communiidade das nações, e de que a verdade, a seriedade e a honestidade, e não o *machiavelismo*, na diplomacia são o grande meio de desinvolver a solidariedade dos povos.

§ V

Imperio geographico do direito internacional ¹

SUMMARIO: — 40. A homogeneidade de condições sociaes como factor fundamental da comunidade das nações e condição determinante do imperio geographico do direito internacional. — 41. A civilização europeia e a extensão actual da sociedade internacional. — 42. O direito internacional e os povos de civilização não europeia. Tendencias para o alargamento da comunidade internacional.

40. Assim como não abrange todas as relações dos estados, a acção do direito internacional não comprehende todos os povos da terra. Restringe-se áquelles estados que um certo fundo de homogeneidade de condições sociaes vae constituindo successivamente em comunidade internacional.

Effectivamente, a observação historica demonstra que a semelhança de condições sociaes tem sido sempre o facto gerador da regularidade e permanencia das relações necessarias para crear entre os estados uma comunidade de vida internacional e para condicionar o apparecimento do direito organizador duma sociedade de estados.

¹ *R. D. I.*, tom. xvii, pagg. 504 e segg., xxiii, pagg. 5 e segg., e xxv, pagg. 79 e 213 e segg.; *Annuaire de l'Institut de droit international*, tom. i, pag. 141, e tom. iii, pagg. 298 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 238 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introd.*, pagg. 10 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 17 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 60 e segg.; PIÉDELIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 18 e segg.; PILLET, *R. D. I. P.*, vol. i, pagg. 2 e segg.; CAVAGLIER, *I limiti della cumunità internazionale*, na *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, vol. xxxvi, pagg. 190 e segg.; NYS, *La notion et le rôle de l'Europe en droit international*, na *R. D. I. P.*, 1903, pagg. 57 e 111, e *Le droit international*, pagg. 116 e segg.; ANZILOTTI, *ob. cit.*, pag. 77, etc.

O primeiro esboço historico duma certa comunidade de estados dá-se entre as sociedades hellenicas, onde a identidade de origem ethnica e a concomitante semelhança de civilização fizeram nascer uma certa regularidade de relações disciplinadas por alguns preceitos de conducta reciproca, a que THUCYDIDES chamava a lei *commum* dos gregos.

Um facto semelhante se verifica na liga latina, na qual cidades vizinhas, de origem semelhante e civilização approximada, se relacionaram por um *foedus aequum* e viveram temporariamente numa tal ou qual reciprocidade de direitos e obrigações.

Sacrificada a comunidade latina á dominação romana, quando esta se dissolveu e sobre as ruínas do imperio se formaram os novos estados europeus, foram estes conduzidos á comunidade de vida internacional pela semelhança de condições sociaes produzida pela assimilação romana e pela acção social do christianismo. A fé catholica dá fôrma á nova comunidade, mas o fundo homogeneo de civilização constitue a sua base. Porisso, quando a Reforma religiosa veio quebrar a unidade do christianismo, os estados europeus, se libertaram a comunidade internacional da acção subordinadora da Igreja, assentaram-na na semelhança de civilização desinvollida através da communhão religiosa, de modo que a sociedade dos estados ficou sendo, fundamentalmente, uma sociedade de estados christãos, e a civilização christã foi sempre dominando como laço organico daquella sociedade, a ponto de só no seculo XIX ahi começarem a entrar estados de civilização diferente; sem que, porém, até hoje, qualquer destes estados tenha sido verdadeiramente equiparado aos estados de civilização europeia.

Esta relação entre a homogeneidade de civilização e a existencia da sociedade das nações determina a esphera de acção do direito internacional, o qual, baseado na consciencia da

necessidade de relações constantes, permanentes e pacificas entre os povos, só vae até onde chegue a communitade por ellas creada. É o que vamos verificar, vendo como, limitando-se propriamente a sociedade internacional aos estados de civilização europeia; a elles sómente abraça a acção plena do direito internacional.

41. Depois que o congresso de Westphalia lançou os fundamentos da organização regular da sociedade internacional, esta tem-se conservado limitada quasi só aos estados europeus ou de civilização europeia e apenas vagarosa e parcialmente vae admittindo no seu seio estados de civilização differente.

É sómente em 1856 que, pela primeira vez, um estado não christão, a Turquia, é admittido a participar das vantagens do direito internacional e do concerto europeu, e essa participação ainda é incompleta, pois se mantem no imperio ottomano o regimen das *capitulações*, segundo o qual os immigrados naquelle imperio, pertencentes aos estados christãos, estão sujeitos ás jurisdicções consulares e não á justiça turca, o que evidentemente constitue uma limitação da soberania territorial do sultão e se funda na desconfiança provinda da differença de civilização.

Dos demais estados não christãos, apenas o Japão, e desde data muito recente, faz parte da communitade dos estados e participa das garantias do direito internacional. Com effeito, este estado do extremo Oriente, depois de ter mostrado um decidido empenho em assimilar a civilização europeia e de, nesse sentido, ter reformado as suas instituições sociaes e politicas, conseguiu realizar, principalmente desde 1894, uma serie de tratados com os estados de civilização europeia, tendentes a supprimir a jurisdicção consular e a crear uma situação juridica de egualdade entre os seus nacionaes e os nacionaes daquelles estados, e destinados a entrar em vigor a 17

de julho de 1899, e obteve a sua *naturalização* na sociedade internacional. É ainda de registrar que no Japão se cultiva com verdadeiro interesse o direito internacional, como o prova a constituição da *Associação de direito internacional* de Tokio, a publicação, na mesma cidade, duma revista de direito internacional, desde 1902, e ainda a existencia de tres cadeiras de direito internacional, duas de direito internacional publico e uma de direito internacional privado, na faculdade de direito da Universidade de Tokio¹. Apesar de tudo, os estados europeus têm conservado uma certa reserva a respeito do Japão, e não foi sem difficuldade que este país attingiu a situação moral e juridica dos grandes estados europeus².

Relativamente aos restantes estados de civilização não europeia, apesar de os estados de civilização europeia com elles manterem relações mais ou menos regulares, a differença de civilização tem obstado a que entrem na familia das nações e participem de modo pleno das garantias de direito internacional, pelo simples motivo de que este direito assenta num evidente principio de reciprocidade e o estadio de civilização desses povos não offerece garantias de que elles se sujeitem a um regimen de mutualidade, se é que formalmente se não têm recusado a estabelecer relações com os outros povos.

Deve, porém, notar-se que os estados asiaticos, e nomeada-

¹ *R. D. I.*, 1902, pagg. 230 e segg.; *Boletim da direcção geral de instrucção publica*, anno III, 1904, pag. 242.

² *R. D. I. P.*, 1901, pag. 402. Em harmonia com o que se diz no texto, gosam da plenitude dos direitos de membros da sociedade internacional todos os estados da Europa, á excepção da Turquia que o regimen das capitulações colloca numa situação evidente de inferioridade, todos os estados da America, o Japão na Asia e o Estado livre do Congo e a republica da Liberia na Africa.

mente os do extremo Oriente, se vão convencendo cada vez mais da necessidade de estabelecer e conservar relações com os povos de civilização europeia e que, mais ou menos, vão estudando, cumprindo e applicando o direito internacional, sendo de notar que, além do Japão, o Siam, a Persia e a China enviaram representantes á conferencia da paz de 1899, onde foram postos e discutidos importantes problemas do direito internacional e onde se tomaram resoluções de indiscutivel valor relativamente ao regimen juridico das relações internacionaes.

É pois certo que a sociedade internacional e o seu direito regulador abrangem quasi exclusivamente os estados de civilização europeia, mas tambem é verdade que a equiparação, perante o direito internacional, dos estados catholicos e protestantes pelo tratado de Westephalia, a admissão da Turquia a participar do direito publico da Europa pelo tratado de Paris de 1856, e a recente entrada do Japão na communiidade internacional, mostram que esta deixou de assentar sobre bases religiosas, que, porisso, pode ser constituida de estados de religiões muito differentes, e que a unica condição indispensavel para della fazer parte é a posse do grau de civilização sufficiente para garantir o cumprimento das obrigações por ella impostas aos estados que a constituem.

42. Mas, se os factos provam que a homogeneidade de condições sociaes é o assento positivo da communiidade das nações e que o verdadeiro imperio geographico do direito internacional coincide com a diffusão dos principios fundamentaes da civilização europeia, comtudo, porque as relações internacionaes se não limitam aos estados de civilização europeia, é natural que os mesmos factos indiquem o processo de conducta desses estados com a generalidade dos estados de civilização não europeia e que a doutrina discuta o problema da

applicação do direito internacional aos povos que ainda não fazem parte da sociedade das nações.

A expansão natural dos povos civilizados da Europa e da America aproximou-os dos demais estados, rompendo-se pouco e pouco o isolamento em que estes se encerravam. Todavia, nem relações mutuas se estabeleceram desde logo com successão regular, nem as dominou ou domina um principio de egualdade. O processo geral empregado pelos estados de civilização europeia tem sido a celebração de tratados com os povos de civilização differente, a principio, para tornar possiveis as relações pacificas e, depois, para regular uma ou outra ordem de relações internacionaes. Mas, porque as divergencias de raça, de concepções e de civilização eram de molde a obstar a um regimen de verdadeira reciprocidade, semelhantes tratados, em vez de bilateraes, são exclusivos a certo respeito para alguma das partes contractantes. É assim que o imperio Otomano, a China e outros estados, têm consentido em isentar das justicas territoriaes os nacionaes dos estados christãos, para os sudmeter á jurisdicção dos consules destes estados, e, emquanto os estados europeus estão, por exemplo, amplamente abertos aos asiaticos, na maior parte dos estados do extremo Oriente o accesso dos estrangeiros é mais ou menos limitado.

De resto, o procedimento dos estados civilizados para com os povos que mais ou menos ignoram o direito internacional é, em geral, dominado pelos principios de moral que são a base da sua civilização, como o respeito da vida humana e da propriedade.

De modo que o systema das relações internacionaes entre os povos da civilização europeia e os de civilização differente, alem de apresentar, em grande parte, um caracter meramente moral, reveste um aspecto contractual mais ou menos unilatera, já que as differenças do modo de ser dos dois grupos

de povos nem permittem uma communitate de vida tacitamente disciplinada pelos costumes, nem aconselliam um regimen de inteira reciprocidade.

Passando dos factos á doutrina, descobrimos, através de maiores ou menores divergencias, que a generalidade dos escriptores modernos segue um criterio commum para resolver o problema da applicação do direito internacional aos povos de civilização não europeia.

A questão vem de longe e revestiu a principio um aspecto juridico-religioso, discutindo-se muito nos fins da idade media os direitos dos infieis e dos herejes. Dividiam-se as opiniões dos canonistas e dos juristas sobre o assumpto, mas geralmente restringiam-se os direitos dos povos que não seguiam o credo catholico.

Ainda GROCIO, admittindo embora tratados com os infieis e mesmo allianças em caso de necessidade, considerava como um dever das nações christãs o fazerem causa commum contra os impios.

De modo differente pensara já VICTORIA, que fazia entrar na sua *societas naturalis* toda a humanidade, e pensou depois PUFENDORF, o qual, considerando o direito das gentes como um direito puramente natural, tornava-o applicavel tanto ás nações christãs como áquellas que o não fossem¹.

Todavia, a escola de PUFENDORF, contradictada pelos factos, cedeu á tendencia historico-pratica, que, logicamente, devia limitar o direito internacional aos povos normalmente relacionados pelo costume e pelos tratados, predominando, a final, o positivismo scientifico, que veio dar ao problema a sua verdadeira solução.

A nova orientação dos espiritos viu no direito internacional

¹ RIVIER, *ob. cit.*, pag. 40.

um direito positivo e no trabalho scientifico um factor do seu progresso e, portanto, devia levar a applicação do direito internacional até onde lhe encontrasse uma base nas condições reaes da vida internacional.

O direito internacional nascera na communitate internacional, apoiara-se na consciencia geral do mundo civilizado e era dominado pelo principio fundamental da reciprocidade. Onde, portanto, a communitate não exista, uma consciencia commum de preceitos obrigatorios se não forme e uma verdadeira reciprocidade não seja possivel, o direito internacional não encontra o meio natural do seu desinvolvimento e não pode ter uma applicação util e efficaz. O alargamento, porisso, do seu imperio exige a generalização de semelhantes condições. Esse alargamento não se ha de fazer, evidentemente, nem de salto para todos os estados, nem de modo simultaneo para todos os seus preceitos. Ir-se-á operando com a fixação gradual da homogeneidade de civilização e começará com os principios que mais depressa possam adaptar-se ás relações que os estados de civilização europeia forem creando com os de civilização differente.

Foi em obediencia a estes principios que LORIMER formulou a sua doutrina das tres esferas concentricas para determinar os limites do imperio geographico do direito internacional. Na primeira esphera colloca elle os estados de civilização europeia, entre os quaes tem plena applicação o direito internacional; na segunda ficam os estados asiaticos ou africanos, cujo estadio de civilização apenas permite uma applicação parcial e variavel desse direito; na terceira, emfim, entram as tribus anarchicas e as populações selvagens, as quaes não consentem applicação alguma do direito internacional e só merecem dos estados civilizados o respeito devido aos direitos geraes da humanidade ¹.

¹ *Ob. cit.*, pagg. 69 e segg.

Sem esta feição de symetria geometrica, mas segundo um criterio positivo de relatividade, o pensamento hoje dominante é o da applicação plena do direito internacional até onde a homogeneidade de civilização o consinta, da applicação gradual, quando a semelhança parcial de civilização o aconselhe, e, quando qualquer applicação não seja possível, do reconhecimento daquelles direitos que a consciencia moral e juridica das nações concede a todos os homens.

E, de facto, não é diferente a tendencia geral dos estados civilizados. Desde 1648, em que foram equiparados os estados catholicos e protestantes perante o direito internacional, até 1899, em que o Japão entrou na familia dos estados, a generalização do direito internacional tem sido notavel e a communitade das nações tem alargado progressivamente a sua esphera de acção, sendo de crer que, num futuro mais ou menos remoto, ella alcance a totalidade ou a quasi totalidade dos povos pela diffusão e nivelamento geral da civilização.

§ VI

Systematização do direito internacional¹

SUMMARIO : — 43. Necessidade e primitiva fôrma da organização systematica do direito internacional. Systema de GROCIO. — 44. As modificações do systema de GROCIO e a imitação do systema de GAIO na organização do direito privado romano. Systema de ZOUCH. — 45. As systematizações baseadas nos factos da vida internacional: HOLTZENDORFF, DE MARTENS e KASANSKY. — 46. O systema que seguimos baseado na ideia da comunidade internacional considerada na sua organização e no seu funcionamento. Logar que ahi occupa o direito internacional privado.

43. O estudo scientifico do direito internacional abrange naturalmente a complexidade dos seus problemas e exige a sua distribuição numa ordem logica regida por uma ideia geral. Suppõe, porisso, esse estudo um systema tão amplo, que abrace todas as questões relativas á disciplina juridica das relações entre os estados, e tão logico, que todos os principios se liguem naturalmente e formem um todo harmonico e homogeneo.

Era razoavel, portanto, que, apenas a sciencia do direito internacional entrasse no periodo de organização, os seus cultores procurassem ordenar logicamente os seus principios num systema regular.

¹ HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 71 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 235 e segg.; MARQUÉS DE OLIVAR, *Derecho internacional publico*, tom. I, pagg. 89 e segg.; KASANSKY, *R. D. I. P.* 1902, pagg. 353 e segg.; LEFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, I, pagg. 45 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 76; HEFFTER, *Le droit international de l'Europe*, pag. 9; PRADIER, *ob. cit.*, vol. I, pag. 144; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.; etc.

Assim aconteceu. GROCIO, o verdadeiro fundador da nova sciencia, delineou um systema que havia de perdurar e ainda hoje informa, ao menos em parte, os trabalhos de muitos escriptores.

O systema de GROCIO é indicado pelo titulo da sua obra principal.—*De jure belli ac pacis*. O auctor, impressionado pelos excessos praticados na guerra dos trinta annos, procurou estabelecer principios limitadores do arbitrio e da violencia durante as guerras e, porisso, o seu livro foi especialmente consagrado ao chamado direito de guerra. Todavia, á medida que ia estudando os problemas desse direito, versava outras materias de direito internacional, notando-se successivamente a contraposição aos principios reguladores das relações de guerra os principios reguladores das relações pacificas. Disto se infere naturalmente que o systema de GROCIO consistia na divisão de todo o direito internacional em dois grandes grupos de preceitos, uns relativos á guerra e outros referentes á paz ¹.

A ideia de GROCIO foi aproveitada posteriormente por muitos escriptores, como VATTEL, HEFFTER, KENT, WHEATON, TWISS ², LAWRENCE, etc., os quaes, comtudo, a desinvolveram, principalmente no sentido de separar as duas ordens de preceitos em dois grandes capitulos e de expôr em primeiro lugar os referentes á paz, como estado normal das relações dos povos, deixando para o segundo os reguladores da guerra, como estado violento e anomalo da vida internacional.

44. O systema iniciado por GROCIO, á medida que se ia generalizando, soffreu successivas alterações, para, a final, ser substituido por muitos escriptores.

¹ RIVIER, *Introduction au droit des gens* de HOLTZENDORFF, pagg. 362 e segg.

² HOLTZENDORFF, *Introduction*, pag. 76.

As modificações tenderam todas, com mais ou menos coherencia e salvando a base fundamental do systema, a agrupar num estudo preliminar os principios geraes reguladores das relações dos estados tanto em tempo de paz como em tempo de guerra e, logicamente, a reunir num capitulo especial as instituições communs ás duas fórmulas de relações. Lembraremos só, como caracteristico, o que fez HEFFTER, o qual, tendo estudado numa introdução geral alguns principios fundamentais, como, por exemplo, os direitos reciprocos dos estados, expôs em tres livros o direito de paz, o direito de guerra e o que elle chamou as fórmulas do commercio diplomatico (cerimonial diplomatico, agentes diplomaticos, consules, etc.) applicaveis tanto em tempo de paz como em tempo de guerra.

O facto mesmo das modificações e o sentido em que ellas foram feitas mostram que o systema era mais ou menos empirico e que não se prestava a uma classificação regular dos principios e das instituições do direito internacional, e, porisso, era natural que os publicistas procurassem ensaiar um novo systema.

Foi o inglês ZOUCH que, assim como iniciou uma nova corrente sobre o modo de conceber a origem do direito internacional, assim tambem tentou assentar em bases novas o systema da sua organização scientifica, adaptando ao regimen juridico das relações internacionaes o systema geral do direito privado romano creado ou desinvoldido pelo jurisconsulto GAIO¹. Este notavel jurisconsulto havia feito dos preceitos do direito privado uma distribuição systematica firmada numa trilogia derivada dos elementos da relação juridica, isto é, do sujeito, do objecto e da garantia desta relação. ZOUCH e a corrente dos seus continuadores viram a possibilidade de organi-

¹ Vide supra, pag. 76.

zar por um modo semelhante o systema do direito internacional, descobrindo nas relações internacionaes tambem um sujeito, um objecto e uma garantia. Sujeito, eram as *personas* entre si ligadas pelas relações internacionaes, e porisso principalmente os estados ; objecto, as *coisas* que pudessem ser motivo dessas relações, e como taes os territorios dos estados ou ainda des-occupados, o mar, os lagos e os rios internacionaes como campo da acção internacional, e bem assim as prestações a que os estados se sujeitassem nas obrigações entre si contraídas ; garantia, as *acções* ou meios de resolver os conflictos internacionaes ou de reparar as violações do direito das nações, tanto os meios pacificos como os processos violentos, e entre estes a guerra como *ultima ratio* para consèguir aquelles resultados.

Este systema, porque condizia com a educação romanista dos jurisconsultos e permittia dar um character inteiramente juridico e uma grande precisão ás proposições da sciencia do direito internacional, dominou os trabalhos da maior parte dos internacionalistas e ainda hoje informa muitos dos tratados classicos daquela sciencia.

Todavia, a logica da sua organização e a auctoridade derivada da sua geral acceitação não obstaram a que fossem postos em relevo os defeitos do novo systema e que os espiritos tomassem por um caminho diverso do geralmente seguido. Effectivamente, o systema romanista tinha o defeito de origem de pretender enquadrar no molde apertado da organização das relações de direito privado ás complexas relações dos estados, e o defeito derivado de desfigurar muitas vezes o sentido e a significação dessas relações para lhes adaptar um systema creado para relações duma ordem muito diversa. A consideração de semelhantes defeitos levou alguns escriptores a romper com a tradição e a tentar a organização dum systema que não fosse mais que a formula scientifica da interpretação dos factos da vida internacional.

46. Dentre os escriptores que procuraram organizar a systematização do direito internacional sobre bases reaes colhidas na historia e na pratica das relações internacionaes, destacaremos HOLTZENDORFF, DE MARTENS e KASANSKY, que, a nosso ver, determinaram successivamente os verdadeiros elementos dessa systematização.

HOLTZENDORFF, formulando o principio verdadeiro de que um systema scientifico só podia firmar-se nos factos, e pondo de parte tanto o systema de GROCIUS, em virtude de elle collocar numa linha de egualdade o direito de paz e o direito de guerra, quando este, no estado actual das relações internacionaes, deve ser considerado, não como um direito permanente, mas como um direito eventual, condicional e limitado no seu exercicio, pelo menos de facto, a um certo numero de subditos do estado, como o systema de ZOUCH, pela circumstancia de elle applicar forçadamente ás relações naturaes dos povos um regimen derivado das relações estabelecidas entre os individuos, propôs a seguinte systematização :

I. Systema das bases philosophicas, juridico-dogmaticas, historicas e historico-literarias do direito internacional. (Introdução fundamental).

II. Systema dos estados, emquanto sujeitos do direito internacional, sob o ponto de vista da sua situação juridica independentemente de toda a convenção. (Personalidade do estado, legislação, órgãos do governo, territorio e *emigrados*).

III. Systema dos tratados sob o ponto de vista dos principios geraes e das applicações mais importantes na epoca actual.

IV. Systema das magistraturas do direito internacional. (Instituições diplomaticas e consulares).

V. Systema das contestações de direito internacional e dos meios de as resolver ¹.

¹ *Introduction*, pag. 75.

Esta systematização, visivelmente fundada na observação dos factos, apresenta duas lacunas notaveis, emquanto deixa de pôr em relevo a ideia da communitate internacional, de que, aliás, muitas vezes fala HOLTZENDORFF e que resalta de toda a vida internacional hodierna, e não assignala um logar conveniente á determinação da situação juridica do individuo dentro da sociedade internacional.

Estas lacunas já não apparecem no systema de DE MARTENS. O sabio professor russo (S. Petersburgo), que tambem intende que a organização do direito internacional deve resultar do conjuncto e da significação das relações internacionaes, começa por declarar que examinará todas as questões partindo da ideia da communitate internacional, já que é sobre essa ideia que assenta a ordem internacional contemporanea e por ella devem ser justificadas e ligadas todas as proposições emanadas da sciencia do direito internacional, e na urdidura do seu systema entra a regularização das relações juridicas dos individuos na ordem internacional.

Esse systema comprehende: uma parte *geral*, em que DE MARTENS estuda, primeiro, o direito da communitate internacional e, depois, os direitos dos estados, *a*) como membros da sociedade internacional, *b*) como estando submettidos ao direito internacional nas suas relações reciprocas, *c*) em relação aos seus territorios, *d*) e como contractantes vinculados por obrigações internacionaes; e uma parte *especial*, em que são examinadas todas as relações internacionaes sob a inscripção geral de *administração* internacional dos estados. Esta administração abrange — as relações reaes e vitaes que unem os povos modernos e que DE MARTENS reduz ás tres categorias de *a*) relações derivadas dos interesses *espirituaes* (religiosos, intellectuaes e estheticos), *b*) relações derivadas dos interesses materiaes e economicos, *c*) e relações tendentes á regularização das relações juridicas dos individuos e á prote-

ção dos direitos dos nacionaes em país estrangeiro (direito internacional privado e direito internacional criminal), — e bem assim o direito de guerra e o direito dos neutros, em que o auctor estuda os meios legaes de que dispõem os estados para salvaguardar os seus interesses e os seus direitos na qualidade de belligerantes ou de neutros.

O systema de DE MARTENS é completo, pois, assentando basicamente na realidade positiva da communiidade internacional, considera esta na sua organização e nos seus elementos, e acompanha os estados em todas as suas relações, tanto nas relativas aos interesses geraes das collectividades nacionaes, como nas referentes aos interesses e direitos dos individuos, como nas provocadas pelos conflictos internacionaes¹.

KASANSKY, outro professor russo (Odessa), aproveitando certamente as ideias de DE MARTENS, veio determinar, com verdadeira nitidez, as bases duma systematização scientifica do direito internacional. Este professor, definindo o direito internacional como o conjuncto de principios juridicos destinados a regular as relações mutuas dos estados, as sociedades internacionaes e a condição civil internacional dos individuos, precisa a sua ideia dizendo que aquelle direito é especialmente chamado a regular a organização e o funcionamento da communiidade internacional dos estados e das sociedades internacionaes².

A ideia posta em evidencia por KASANSKY é claramente a ideia da função daracteristica do direito internacional, emquanto lhe assignala o destino de regular e garantir a organização e o funcionamento da sociedade internacional.

¹ *Ob. cit.*, pagg. 335 e segg.

² *R. D. I. P.*, 1902, pagg. 353 e segg.; e 1904, pag. 347; *R. D. I.*, 1902, pagg. 465 e 466.

44. Pensando, com HOLTZENDORFF, que um systema scientifico do direito internacional só pode basear-se na observação dos factos da vida intersocial e notando, com DE MARTENS, que toda a ordem internacional contemporanea assenta na ideia da comunidade das nações, a esta ideia referimos, ainda com o segundo escriptor, toda a organização scientifica do direito internacional.

Mas a comunidade internacional revelada pelos factos apparece-nos sob dois aspectos fundamentaes, o aspecto estatico da sua organização e o aspecto dynamico do seu funcionamento. O direito internacional, porisso, tem como natural destino regular e garantir aquella organização e este funcionamento, donde deriva a sua logica divisão em dois grandes capitulos, formados respectivamente pelos principios disciplina-dores da *organização* e da *acção* da sociedade internacional.

O problema da organização da sociedade internacional des-dobra-se naturalmente em dois, o problema da determinação dos elementos dessa organização, ou seja a indicação dos membros da collectividade internacional e da esphera geographica em que a sua acção se exerce, ou seja ainda a descrição da *população* e do *territorio* da sociedade internacional, e o problema da fôrma mesma da organização, isto é, o problema da natureza do *vinculo constitucional* que liga os estados componentes da comunidade internacional, da criação dos órgãos encarregados de dirigir os interesses communs desses estados, bem como do processo natural de os mesmos estados disciplinarem formalmente as suas relações segundo o modo de ser actual da sociedade por elles constituida, isto é, a theoria geral dos tratados.

Passando da organização ao funcionamento da sociedade internacional, mostram os factos que este funcionamento se traduz em relações de *cooperação* dos estados para realizar *interesses communs*, quer interesses *geraes directos* das colle-

ctividades nacionaes, quer interesses *ligados ao exercicio da actividade dos nacionaes* dum país no dominio juridiccional doutro país. E ao direito internacional compete regular e garantir tanto uma como outra fôrma de cooperação, disciplinando as relações internacionaes respectivas.

Mas, regulando a organização da sociedade internacional e garantindo o seu funcionamento na realização dos interesses reciprocos das collectividades nacionaes, o direito internacional disciplina a vida normal da communiidade das nações. Resta, porisso, a situação anormal e excepcional constituida pelos conflictos dos estados, de que o direito internacional tambem deve occupar-se para lhes procurar uma solução *justa*. É, por assim dizer, o estado pathologico da sociedade internacional, que se torna necessario curar ou por meios brandos e pacificos, pelos quaes se restabeleça a harmonia dos estados, ou por meios violentos por que se attendam as suas reclamações, apparecendo entre estes ultimos a guerra, como recurso extremo para conseguir tal resultado. O direito internacional regula todos os processos de resolver os conflictos dos povos, ou para assegurar a sua efficacia ou para normalizar o seu emprego, estando nisso a sua derradeira missão, que é por certo ainda a regulamentação dum modo particular do funcionamento da sociedade internacional.

As considerações que acabamos de fazer contêm os traços geraes do systema que adoptamos no estudo do direito internacional.

No systema que seguimos, muitas vezes imitado de DE MARTENS e de KASANSKY, congloba-se todo o direito internacional, que é uso distinguir em direito internacional publico e direito internacional privado, destinado o primeiro a regular as relações dos estados referentes a interesses publicos e collectivos de cada um delles, como allianças, tratados de paz, correios, telegraphos, navegação, etc., tendente o segundo a regular

as relações dos estados derivadas dos interesses particulares dos seus nacionaes, como são os referentes ao modo de fixar a condição jurídica do individuo em pais estrangeiro ou de regular as relações jurídicas creadas entre individuos de diferente nacionalidade.

O motivo que nos determinou foi que, embora reconheçamos que as duas manifestações do direito internacional se distinguem quando se consideram os interesses immediatos a que respeitam, descobrimos entre ellas intimos pontos de contacto, tanto no que respeita á sua base fundamental, que é a existencia real da consciencia duma comunidade de direito no mundo civilizado, como quanto aos seus modos de formação, que são o costume e os tratados, como ainda relativamente ao seu destino final, que consiste em harmonizar os interesses particulares de cada estado com os interesses geraes da comunidade internacional. Effectivamente, porque uma ideia de comunidade de direito domina o mundo civilizado, é que o individuo é respeitado fóra do seu pais, que, por meio de usos e tratados, se asseguram cada vez melhor a sua situação jurídica e as relações de direito que lhe dizem respeito, e que se procura harmonizar as differenças de legislação, emquanto ellas traduzem o modo de ser particular de cada pais, modo de ser segundo o qual se estatuem os direitos do individuo. Com razão escreve Nys que, «se a lei estrangeira pode ser applicada em qualquer estado (e o direito internacional privado tende preponderantemente á determinação dos principios que devem servir de guia na applicação das leis estrangeiras ás relações de direito privado), é principalmente porque o direito das gentes obriga os membros da sociedade internacional a considerarem-se mutuamente como corporações do direito publico, é porque ha uma associação de estados, uma justaposição de nações independentes»¹. O direito internacional publico

¹ *R. D. I.*, 1902, pag. 169.

e o direito internacional privado devem, porisso, integrar-se numa só organização systematica, que subordine a uma unidade superior de principios communs instituições juridicas que se firmam na mesma base fundamental, se tẽem constituido por processos eguaes, e se completam no seu destino final ¹.

¹ GROCIO deu ao direito internacional o nome de *jus gentium*, como se vê do subtítulo da sua obra — *jus naturae et gentium*, attribuindo áquella expressão um sentido differente do que ella tinha entre os romanos, pois que lá significava o direito applicavel ao mesmo tempo aos cidadãos e aos peregrinos, em todo o caso um direito romano e na sociedade romana desinvolvido, e em GROCIO designa o direito regulador das relações entre os povos, *jus quod inter populos versatur*. Semelhante designação foi muito usada, ainda hoje é empregada por alguns escriptores, e a expressão dos anglo-americanos *law of nations* bem como a dos allemães *Völkrecht* não são mais que a traducção litteral de *jus gentium*.

Comtudo, já FRANCISCO VICTORIA usara a expressão *jus inter omnes gentes*, o mesmo GROCIO empregava a fórmula *jus inter populos*, até que ZOUCH vulgarizou a designação *jus inter gentes*, que BENTHAM traduziu por *international law*, expressão que, vertida para as linguas romanicas, produziu as denominações correspondentes á nossa *direito internacional*, que temos empregado e continuaremos a empregar.

Não modificamos aquella expressão, como fazem HEFFTER, chamando á nossa sciencia *Direito internacional da Europa*, e PRADIER, dando-lhe o nome de *Direito internacional europeu e americano*, por julgarmos semelhantes designações hoje pouco rigorosas, como facilmente se infere do que acima deixamos dicto ácerca do imperio geographico do direito internacional, embora, consentaneamente com as considerações ahí feitas, limitemos o direito internacional ao domínio movel da comunidade internacional (DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 39; NYS, *Études de droit. int.*, 1, pagg. 10 e segg.). A terminologia de HEFFTER e de PRADIER traduz dois estadios evolutivos que o direito internacional atravessou, mas não corresponde á sua concepção actual como direito regulador das relações de todos os estados cujas condições de civilização podem basear um regimen de reciprocidade de direitos e obrigações.

LIVRO I

PRINCIPIOS GERAES

CAPITULO I

Prenções ¹

§ I

O individuo e a sociedade internacional

SUMMARIO : — 47. Aparecimento natural dum direito regulador da situação juridica do individuo na sociedade internacional. — 48. *Processus* da formação desse direito. — 49. A utilidade do novo ramo da sciencia juridica.

47. A expansão internacional do commercio, a crescente facilidade e rapidez das communicações, o desejo da instru-

¹ PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903, pagg. 1 e segg., e *Droit international privé*, Paris, 1905, pagg. 2 e segg.; ASSER, *Éléments de droit international privé* (Trad. de RIVIER), Paris, 1884, pagg. 3 e segg.; WEISS, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1905, pagg. xxiv e segg., e *Traité théorique et pratique de droit international privé*, III, Paris, 1901, pagg. 1 e segg.; FIORE, *Elementi di diritto internazionale privato*, Turim, 1899, pagg. 1 e segg., e *Le droit international privé* (Trad. de CH. ANTOINE), *Lois civiles*, tom. 1, pagg. 1 e segg.; ROLIN, *Principes de droit*

ção, o amor das viagens, a emigração, a tendencia apaixonada dos povos para aquisição e exploração de novos territorios, mil causas, em summa, vieram determinar a deslocação dos individuos do seu país e produzir uma intensissima mutualidade de relações entre os individuos dos diversos estados, originando, na phrase de PILLET, uma inaudita *multiplicação das trocas internacionaes* e uma larguissima *penetração reciproca dos povos*, que são as grandes characteristics da nossa epoca.

Esta *internacionalização* progressiva das relações individuaes exigia naturalmente a criação tambem progressiva dum direito novo que regulamentasse e garantisse as novas fórmulas de manifestação da actividade individual, para esta ser exercida com a indispensavel segurança. «Ir-se-ia ao estrangeiro, pergunta aquelle escriptor, se não houvesse a certeza de ahi ter segura a pessoa, e a propriedade dos bens? Emigrar-se-ia, se se corresse o risco de se ser excluido da protecção do direito? E,

international privé, Paris, 1897, tom. 1, pagg. 3 e segg.; AUDINET, *Principes élémentaires du droit international privé*, Paris, 1894, pagg. 1 e segg.; VAREILLE SOMMIÈRE, *La synthese du droit international privé*, vol. 1, pagg. 1 e segg.; TORRES CAMPOS, *Elementos de derecho internacional*, pagg. 15 e segg.; DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, 4.^e éd., Paris, 1904, pagg. 2 e segg.; VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, trad. ing. de GILLESPIE, Edimburgo, 1892, pagg. 1 e segg.; MEHL, *Das internationale Civil-und Handelsrecht*, trad. ing. de Kuhn, New-York, 1905, pag. 2 e segg.; DICEY, *The conflict of laws*, London, 1896, pagg. 1 e segg.; WESTLAKE, *Private international law*, London, 1890, pagg. 1 e segg.; Sr. LUCAS FAICÃO, *Do direito internacional privado*, Coimbra, 1868, pagg. 51 e segg.; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *Introdução ao estudo do direito privado internacional*, pagg. 1 e segg.; Sr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Relações civis internacionaes*, pagg. 9 e segg.; Sr. Dr. MARNOCO E SOUSA, *Execução extraterritorial das sentenças civis e commerciaes*, pagg. 1 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Das successões no direito internacional privado*, pagg. 1 e segg.; etc.

inversamente, quem ousaria entrar em relações com estrangeiros, se não soubesse que podia adquirir contra elles toda a auctoridade que o direito dá aos que se conformam com as suas prescripções?

O *internacionalismo*, pois, porque creou uma *sociedade internacional de ordem privada*, devia crear uma comunidade juridica correspondente, uma lei reguladora dessa sociedade, um *direito internacional privado*, que fosse, segundo a definição do mesmo escriptor, a *regulamentação juridica das relações internacionaes de ordem privada*. Este direito foi, com effeito, apparecendo pouco e pouco e segue constantemente na linha da sua evolução progressiva.

48. Ethnographica ou mesologicamente distinctos, estabeleceram os differentes povos leis divergentes para a regulamentação e garantia das relações dos individuos que os compõem, já na determinação do seu estado e da sua capacidade, já no exercicio da sua actividade juridica. A penetração reciproca dos povos e a internacionalização crescente das relações individuaes representaram porisso a approximação e o encontro do leis nacionaes distinctas, acima ou ao lado das quaes devia estabelecer-se a *lei internacional* que regulasse as relações constituídas entre individuos nacionalmente ligados a differentes normas juridicas.

A substituição das differentes legislações nacionaes por uma legislação unica, que assimilasse juridicamente todos os povos e uniformizasse o regimen juridico das relações individuaes, não poderia esperar-se, por falta duma auctoridade superior que a decretasse, nem poderia mesmo tentar-se com successo para a generalidade das relações individuaes, pois uma mesma lei não pode accomodar-se a todas as raças e a todos os meios na symetria absoluta duma fórmula universal. A solução procurou-se, porisso, num *systema de justa combinação*

das differentes leis nacionaes em ordem a dar a cada uma a influencia e a applicação consideradas legitimas quanto ao exercicio da actividade individual e ao respeito do interesse publico do estado onde essa actividade se torne effectiva, procurando reunir numa direcção commum as forças divergentes das legislações dos diversos povos. Nas relações de individuos de differentes países ou no exercicio da actividade juridica do individuo fóra do estado de que é subdito, o respectivo regimen juridico é formado por uma racional coordenação dos preceitos das *leis pessoaes* ou das *leis locaes* segundo as exigencias do interesse individual e do interesse territorial. Para esse effeito têm conjugado os seus esforços — os homens de sciencia, organizando systemas doutrinaes determinadores da formula daquella coordenação, — os legisladores, inserindo nas leis nacionaes regras referentes á situação juridica dos estrangeiros, — e a diplomacia, concluindo tratados ou especiaes ou geraes para ir fixando o accordo das nações na consignação dos principios reguladores das relações privadas internacionaes, do que resultou a constituição progressiva duma certa *communidade de direito* entre os estados civilizados tendente a assegurar aos estrangeiros um minimo de direitos sufficientes para lhes garantir a pratica livre e efficaz das relações privadas, a resolver de modo justo os conflictos das leis provocados por essas relações, e a reconhecer a cada um a garantia dos direitos adquiridos no dominio das relações internacionaes.

49. A constituição do direito internacional privado tem representado e representará cada vez mais, á medida que for aperfeiçãoando as suas instituições, um evidente factor de civilização, exercendo nas relações dos individuos na ordem internacional a dupla funcção que todo o direito exerce na vida social, isto é, uma funcção de *direcção*, emquanto define a situação juridica do homem na sociedade dos estados e por-

tanto indica o modo como elle ha de conduzir-se nas suas relações com os outros homens de differente nacionalidade ou no exercicio da sua actividade fóra do seu país, e uma funcção de *garantia*, emquanto assegura a protecção dos estados que compõem a sociedade internacional áquelles que apoiarem nas suas disposições a defesa dos proprios direitos. E, dirigindo e garantindo, cria o direito internacional privado na sociedade internacional de ordem privada a *certeza do direito*, que é uma condição de conservação e de progresso em todas as sociedades humanas ¹.

§ II

Objecto do direito internacional privado ²

SUMMARIO : — 50. Determinação geral dos problemas que constituem objecto do estudo do direito internacional privado : condição dos estrangeiros ; conflictos de leis ; effeito dos actos juridicos praticados em país estrangeiro. — 51. Conflictos de leis que entram na esphera d'acção do direito internacional privado : leis civis, commerciaes e de processo civil. — 52. Conflictos de leis nas relações de estados associados politicamente em união pessoal ou real e confederação ou federação, e conflictos de leis entre provincias ou possessões do mesmo estado.

50. Segundo a generalidade dos auctores, constitue objecto exclusivo do direito internacional privado a resolução dos *conflictos* das leis de ordem privada.

¹ PILLET, *Principes*, pag. 14.

² SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tom. VIII, pagg. 27 e segg. ; LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, Paris, 1888, 1, pagg. 1 e segg. ; PILLET, *Principes*, pagg. 24 e segg., e *Droit int. privé*, pagg. 12 e segg. ; ASSER, *ob. et log. cit.* ; WEISS, *ob. et log. cit.* ; FIORI, *obb. et logg. cit.* ; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg. ; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 131 e segg. ;

Os conflictos de leis dão-se sempre que uma mesma relação jurídica, ligando se pelos seus diversos aspectos a legislações diferentes, faz nascer a questão de saber que lei lhe deve ser applicada. Assim se, por exemplo, um português faz o seu testamento em Hespanha ou casa com uma italiana em França, torna se de logo evidentemente necessario determinar a lei reguladora ou do acto testamentario ou das condições de fundo e fórma do casamento e das relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges. Ha, pois, conflictos de leis quando as circunstancias que acompanham a criação, modificação ou extincção duma relação jurídica, como o logar da celebração do acto juridico respectivo, a nacionalidade ou domicilio das partes interessadas, a situação dos bens, etc., determinam a *concorrença* de leis e permitem duvidar de qual seja o direito applicavel á mesma relação jurídica.

Alguns dos escriptores que limitaram a sciencia do direito internacional privado á resolução dos conflictos de leis, têm-lhe chamado logicamente *theoria dos conflictos das leis*.

Todavia os escriptores mais modernos alargam o quadro das doutrinas do direito internacional privado, fazendo ahi entrar outros problemas além da *theoria dos conflictos*. PILLET, que é, do nosso conhecimento, o que mais proficientemente tratou o assumto, confessando embora que as questões de conflictos são certamente as mais numerosas e as mais difficeis das que entram no ambito do direito internacional privado, intende comtudo que não são as unicas e attribue áquelle direito um triplice objecto: 1.º) regulamentação em cada país

VON BAR, DICEY e WESTLAKE, *obb. et logg. citt.*; MEILLI, *ob. cit.*, pag. 4; TORRES CAMPOS, *ob. cit.*, pagg. 24 e segg.; Sr. LUCAS FALCÃO, *ob. et log. cit.*; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 14 e segg.; Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pag. 11; etc.

da condição dos estrangeiros; 2.º) resolução dos conflictos entre legislações diferentes; 3.º) determinação num país qualquer dos effeitos dos actos juridicos praticados no estrangeiro.

Para o eminente escriptor, os problemas constitutivos do direito internacional privado correspondem aos tres momentos em que podemos considerar a existencia de todo o direito, isto é, na *capacidade* ou aptidão geral para possuir direitos, no *exercício do direito* ou momento em que o direito se individualiza e fixa numa determinada pessoa, e na *sanção*, quando o titular do direito realizado reclama as prerogativas a esse direito inherentes. Todos estes momentos são distinctos, e distinctas são tambem as questões que lhes correspondem no direito internacional privado.

A fixação num determinado país dos direitos dos estrangeiros, que é a definição da sua capacidade juridica, constitue evidentemente materia internacional e não entra na theoria dos conflicts. O conflicto suppõe que um determinado individuo *possue* e pode *exercer* um certo direito, pois só pode apparecer o problema da escolha da lei reguladora duma relação juridica quando alguém é *capaz* de constituir a mesma rejação juridica, já que só então pode apparecer a concorrencia de leis e a duvida ácerca da lei competente. Demais, o conflicto deriva da concorrencia de leis, e para a determinação da condição dos estrangeiros só a lei local é competente. Embora não possa proceder arbitrariamente, o legislador tem o direito de organizar por si, sem attenção ás leis dos outros países, a situação dos estrangeiros que se encontrem ou residam no país.

Determinada a capacidade do estrangeiro, se este traduz a capacidade em actos, isto é, se exerce os direitos que lhe são attribuidos pela lei local, porque pode apparecer duvida sobre a lei reguladora das respectivas relações juridicas e

pode nascer o conflicto, torna-se necessario formular o principio da sua resolução, o que constitue uma manifestação característica e diferenciada da vida do direito internacional privado.

Póde, porém, a função de direcção e garantia desse direito ter de exercer-se em relação a uma terceira especie de questões bem distinctas das anteriores e que representam um *estadio* novo no seu destino positivo. São as questões respeitantes ao *reconhecimento internacional dos direitos adquiridos*, que podem apparecer sempre que uma pessoa pretenda fazer valer num país os direitos anteriormente adquiridos noutro país. Assim: nacional ou estrangeiro, um individuo adquire num determinado estado os direitos que estão dentro das suas faculdades legais, como a qualidade de proprietario ou de credor, e muda depois de nacionalidade por qualquer processo, naturalização ou annexação, por exemplo, ou transfere para outro estado o seu domicilio ou residencia e deseja tornar effectivos no novo estado aquelles direitos. Poderá fazê-lo? Dentro de que limites? Estas questões têm indiscutivelmente caracter internacional, já que interessam duas legislações independentes e duas soberanias. Não se confundem, porém, com as questões relativas á condição dos estrangeiros, pois é bem differente a situação dum individuo que pretende adquirir um direito em conformidade das leis competentes daquelle que, tendo já adquirido o direito, invoca os effectos derivados da posse do mesmo direito, não se identificando, por exemplo, a situação de quem pretende adquirir a propriedade com a de quem defende a propriedade adquirida. Eguualmente se differenciam das questões de conflictos, já porque estas se resumem em questões de escolha da lei a applicar para o direito ser regularmente adquirido e aquellas discutem o valor internacional dos effectos da aquisição, já porque as segundas são questões de validade das relações jurídicas internacionaes e as primeiras são ques-

tões de reconhecimento exterritorial do alcance duma relação jurídica cuja validade já não é discutida.

Tal é, nos seus traços geraes, a doutrina de PILLET, que julgamos inteiramente racional e plenamente accetamos, lembrando as palavras que, a respeito de tal doutrina, escreveu um crítico da sua obra: «No segundo capitolo da primeira parte, o auctor expõe, dum modo que nos parece em geral irrepreensivel, o objecto do direito internacional privado¹.

51. Sendo o problema central do direito internacional privado a solução dos conflictos das leis privadas, cumpre delimitar com precisão a amplitude do problema, determinando as especies de conflictos que elle abrange.

Ha duas ordens de conflictos que todos os escriptores fazem entrar no estudo do direito internacional privado. São os conflictos das *leis civis* e os conflictos das *leis commerciaes*. As leis civis e commerciaes organizam o regimen juridico das relações privadas, quer dos individuos quer das pessoas juridicas, e por isso nenhuma duvida se levanta sobre a inclusão do problema da resolução dos seus conflictos no systema do direito internacional privado.

Suscitam-se, porém, duvidas relativamente aos conflictos das *leis de processo civil* ou *commercial* e relativamente aos conflictos das *leis penaes*.

As leis de processo, porque respeitam á organização e funcionamento dum serviço do Estado — a função judiciaria, entram claramente na esphera d'acção do direito publico interno, e porisso os seus conflictos devem logicamente fazer

¹ ALBÉRIC-ROLIN, *R. D. I.*, 1903, pag. 593; conf. DESPAGNET, *R. D. I. P.*, 1903, pag. 822, e BERNARD, *Journal du droit international privé*, 1904, pag. 769, e 1906, pagg. 647 e 1064.

parte do direito internacional publico. As regras relativas á competencia dos tribunaes nas relações internacionaes, as formas ou prazos de processo, a execução das sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, as rogatorias entre auctoridades judiciaes de países differentes, e, em geral, a organização e funcionamento das jurisdicções relativamente a estrangeiros ou a actos passados em país estrangeiro, affectam o interesse dos estados considerados como collectividades politicas, e portanto integram-se naturalmente na parte do direito internacional que a terminologia classica chamou direito internacional publico. Comtudo, os principios de processo civil e commercial representam um complemento tão indispensavel do direito respectivo como meio de organizar e tornar effectiva a sancção deste direito, que a generalidade dos escriptores estuda os respectivos conflictos no direito internacional privado. Procederemos de modo semelhante, subordinando embora o nosso estudo á ideia de que se trata de assumptos que, longe de serem de interesse meramente particular, respeitam ao interesse geral das collectividades politicas, e incluindo a analyse de taes conflictos num capitulo especial em que procuraremos determinar a situação dos estrangeiros perante os tribunaes de justiça em materia civil e commercial e a funcção destes tribunaes em materia de direito internacional privado e que denominaremos *direito internacional judiciario*.

As leis penaes organizam a defesa social contra o crime, destinam-se a salvaguardar o interesse geral da collectividade, e porisso os seus possiveis conflictos ou a sua coordenação internacional entram inteiramente no direito internacional publico. Nem se torna necessario ligar o seu estudo ao do direito internacional privado, pois que os principios de resolução desses conflictos ou de realização dessa coordenação em nada se tornam necessarios para completar o estudo dos conflictos das leis privadas. Demais, o estudo das leis penaes nas relações

internacionaes vae assumindo uma organização independente sob o nome de *direito internacional criminal*.

52. Os conflictos das leis privadas podem dar-se, quer nas relações de estados separados inteiramente na sua vida politica, quer nas relações de estados politicamente associados, mas que conservam a autonomia de legislação, quer ainda entre provincias ou possessões dum estado unitario quando nelle vigorem leis locais diferentes.

Á hypothese de relações entre estados politicamente separados tem inteira applicação o direito intervencional privado. Ahi apparecem em toda a sua frisante expressão os problemas da condição dos estrangeiros, dos conflictos, e do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos.

Na hypothese de estados politicamente associados, como as uniões pessoas ou reaes, as confederações ou federações, conservando os estados particulares, como conservam mais ou menos, a autonomia legislativa, as differenças de legislação farão apparecer conflictos e estes deverão resolver-se, por semelhança, segundo os principios do direito internacional privado, a não ser que a auctoridade soberana commum fixe legislativamente principios de resolução dos mesmos conflictos. Os dois problemas, porém, da condição dos estrangeiros e do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos terão em tal hypothese pequena importancia, pois, como nota PILLET, nas relações de estados unidos politicamente não ha propriamente estrangeiros, não se compreendendo que uma pessoa seja collocada, sob o ponto de vista do direito privado, numa situação inferior por pertencer a uma communidade politica differente daquella em cujo territorio tem a sua residencia, e seria inintelligivel que um acto regularmente celebrado em um dos estados componentes do mesmo systema politico não fosse reconhecido pelos outros estados.

Na hypothese de differenças legislativas entre provincias ou colonias dum estado unitario ou entre a metropole e as colonias, a situação é semelhante á da hypothese anterior. Haverá naturalmente conflictos de leis privadas e estes ainda deverão ser resolvidos, por semelhança, segundo os principios do direito internacional privado, se na legislação commum não estiver indicado o modo de lhes dar solução; os dois restantes problemas daquelle direito não poderão certamente manifestar-se.

O problema dos conflictos resulta da simples divergencia de legislações; os problemas da condição dos estrangeiros e do reconhecimento dos direitos adquiridos suppõem, alem disso, a divergencia e completa separação das soberanias ¹.

§ III

Natureza do direito internacional privado ²

SUMMARIO — 53. Theorias ácerca da natureza do direito internacional privado: theoria da *comitas gentium*; theorias da *juridicidade*. A integração do direito internacional privado no direito internacional publico. Sua função especifica no organismo juridico internacional. — 54. Natureza da função dos legisladores nacionaes em materia de direito internacional privado. — 55. Character geral dos preceitos do direito internacional privado formulados nas legislações nacionaes.

53. A necessidade de regulamentar e garantir a sociedade internacional de ordem privada produziu o apparecimento do

¹ PILLET, *Droit international privé*, pag. 21; MEILI, *ob. cit.*, pag. 46.

² PILLET, *Principes*, pagg. 48 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 21 e segg.; JITTA, *Le Méthode du droit international privé*, Haye, 1890, pagg. 32 e segg.; VON BAR, *ob. cit.*, pagg. 98 e segg.; WEISS, *Traité*, II pagg.,

direito internacional privado e o pensamento juridico dominante attribuiu-lhe a natureza dum verdadeiro *direito*, isto é, dum conjuncto de preceitos necessarios á conservação e desenvolvimento das sociedades cultas e de normas obrigatorias vinculadoras da vontade dos povos civilizados, e portanto, um systema de regras imperativas para os tribunaes chamados a conhecer das relações a que ellas respeitam e um systema de garantias juridicas para a protecção daquelles cuja actividade se torna effectiva fóra da acção jurisdiccional do seu país.

Este conceito de *juridicidade* do direito internacional privado substituiu já geralmente o systema da cortesia internacional — *comitas gentium*, formulado pelos jurisconsultos estatutarios JOÃO VOET, HUBER e HERTIUS, e depois seguido principalmente pelos escriptores anglo-americanos, segundo o qual, a concessão de direitos aos estrangeiros, o reconhecimento das leis estrangeiras para regular determinadas relações juridicas e a *ratificação* dos direitos adquiridos em outros países, não revestiam um character obrigatorio, mas representavam apenas um acto de *conveniencia internacional* derivada da *vantagem reciproca* de os estados respeitarem na pessoa dos subditos dos outros estados determinadas faculdades juridicas e certos direitos adquiridos e consentirem que pelas suas leis nacionaes fossem reguladas a certos respeitos as relações sociaes que interessam aos estrangeiros.

Semelhante transformação conceitual foi o resultado duma

164 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 783 e segg.; DARRAS, *De la connaissance, de l'Application et de la prouve de la loi étrangere*, no *J. D. I. P.*, 1901, pagg. 209 e segg.; LIGEOIX, *J. D. I. P.*, 1904, pagg. 559 e segg.; FEDOZZI, *Il diritto processuale civile internazionale*, 1, 1905, pagg. 4 e segg.; ANZILOTTI, *Studi critici di diritto internazionale privato*, 1898, pagg. 103 e segg. ;

interpretação mais exacta das relações que constituíram entre os povos cultos uma comunidade internacional de ordem privada. Os progressos da civilização tornaram esta comunidade uma *condição de existencia* das sociedades modernas e porisso as normas dirigentes da regulamentação e garantia das relações por que a mesma comunidade se afirma, em vez do appoio fallivel e arbitrario da conveniencia de cada estado, que era o assento em que o systema da cortesia internacional firmava a medida dos direitos a conceder ou a reconhecer aos estrangeiros e o reconhecimento das leis privadas dos outros estados, precisavam duma base certa e segura constituida por preceitos obrigatorios, por principios imperativos, que lhes dessem todo o valor e toda a efficacia de normas informadoras duma regulamentação juridica. A evolução doutrinal era logica. Uma norma de cortesia era pouco para assegurar a satisfacção duma necessidade da civilização. Só o imperativo do direito podia preencher plenamente esses destino.

Mas, se a disciplina das relações privadas internacionaes constitue um verdadeiro direito, qual a natureza especifica do novo ramo das sciencias juridicas?

Alguns escriptores, como LAINÉ, AUBRY, WESTLAKE, DICEY, HARRISON, etc.¹, dando embora ao direito internacional privado o nome e o valor dum systema de direito, não admittem que seja um direito entre nações suppondo verdadeiras obrigações internacionaes, para apenas o considerarem como uma parte do direito interno encarado sob um ponto de vista especial. Um systema de direito, porque se impõe á vontade do estado por motivos de justiça e de interesse social, e não por consideração de cortesia internacional, mas um *systema de*

¹ WESTLAKE, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.; DICEY, *The conflicts of laws*, pagg. 2 e segg.; DE PAGNET, *ob. cit.*, pag. 30; PILLET, *ob. cit.*, pag. 56, nota.

direito interno, pois que, cada estado regula como intende, sem se preoccupar com principios communs a adoptar nos diferentes estados, a condição dos estrangeiros, os conflictos das leis ou o reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro, e isto porque as questões a que respeita o chamado direito internacional privado são meras questões de interesse particular, sem character internacional, que não affectam as relações dos estados como membros da comunidade internacional. É por uma obrigação do estado para consigo mesmo, e não por um dever para com os outros estados, que elle regula e garante a situação juridica dos estrangeiros, do mesmo modo que regula e garante a situação juridica dos nacionaes.

Semelhante concepção do direito internacional privado pareceu, porém, a muitos espiritos theoreticamente erronea e praticamente perigosa, e porisso se formou a tendencia para a substituir por outra mais exacta nas suas bases scientificas e mais efficaz nas suas applicações á vida social.

O erro theoretico era palpavel. Em primeiro logar não se via o evidente interesse dos estados em que os seus subditos desinvolvam com inteira *seguranca juridica* as suas relações com os estrangeiros. Com effeito, o estado não pode deixar de ter um decidido interesse em que os seus nacionaes vivam sob a protecção do direito tanto dentro como fóra da sua esphera jurisdictional; e porisso é patente que lhe não pode ser indifferente o tratamento juridico que elles recebam da parte dos outros estados. É que a participação de cada estado no convivio internacional só será possivel e efficaz quando os seus nacionaes tenham garantida na sociedade das nações uma constante applicação do direito. A regulamentação juridica das relações internacionaes de ordem privada tem, assim, não só o nome, mas ainda o valor e a significação duma questão internacional do mais alto interesse para todos os estados.

Depois, esquecia-se que todos os problemas do direito internacional privado affectam directamente a soberania, que é a expressão suprema da vida do estado como pessoa da sociedade internacional. O problema da condição dos estrangeiros, que se resume na determinação dos direitos que cada estado *pode* conceder aos subditos dos outros estados sem prejuizo da propria soberania e *deve* conceder-lhes em respeito á soberania estrangeira, á qual não pode ser indifferente que os seus subditos tenham ou deixem de ter assegurada uma situação jurídica que os habilite a exercer eficazmente a sua actividade, relaciona-se evidentemente com os interesses communs das nações e com os direitos inherentes á sua soberania. O problema dos conflictos procura fixar a lei reguladora das relações jurídicas ou dalgum dos seus aspectos, isto é, propõe-se indicar a lei *competente* para resolver as questões emergentes das relações internacionaes de ordem privada, e, porque a lei é uma manifestação directa da soberania, determinar a competencia respectivo das leis de differentes nações, é resolver por certo uma questão de coordenação de soberanias. O problema dos effeitos dos actos jurídicos praticados no estrangeiro tambem, por seu lado, se relaciona visivelmente com a soberania. Se o estado sanciona os direitos adquiridos em país estrangeiro, reconhece naturalmente as leis e a auctoridade, e, portanto, a soberania desse país, á sombra da qual elles foram adquiridos; se não os sanciona, só em motivos derivados da sua soberania pode basear a sua recusa. Sempre, pois, a soberania dum estado em função com a soberania dos outros estados.

Por fim, attribuia-se ao direito internacional privado na parte relativa á resolução dos conflictos uma função muito differente daquella que realmente o caracteriza, quando se procurava identificá-lo com o direito privado. Os dois direitos propõem-se, com effeito, fins differentes. Aquelle determina a *lei*

a *applicar* a uma certa relação jurídica; este determina quaes são as *disposições* dessa lei applicaveis para resolver um caso occorrente. O primeiro envolve uma questão de competencia legislativa; o segundo apenas encerra uma questão de interpretação, que pode ser de direito interno ou de direito estrangeiro, consoante a lei escolhida para regular a respectiva relação jurídica. Um representa uma delimitação de competencia entre legisladores; o outro tende á fixação ou á interpretação dos principios com que cada legislador deve regular ou tem regulado as relações jurídicas entre particulares. Ora, sendo bem visivel que só no caso da delimitação de competencia entre legisladores é que ha verdadeiramente uma questão de character internacional, verificá-se facilmente que a identificação entre a nossa sciencia e o direito privado era o producto duma inexacta comprehensão da função característica do direito internacional privado, e representava apenas o resultado duma confusão entre a natureza das relações determinantes dos conflictos, que são, com effeito, relações de direito privado, como relações de familia, direitos reaes, direitos pessoaes, etc., com a natureza dos mesmos conflictos, que representam o encontro de leis de differentes estados como expressão da sua soberania.

O perigo pratico derivava de que, sendo o direito internacional privado apenas um ramo do direito interno, que o estado devesse organizar por virtude duma obrigação para consigo mesmo e não em attenção aos interesses communs das nações, podia semelhante doutrina produzir os inconvenientes do systema da cortesia internacional, alargando ou restringindo cada estado as garantias da condição jurídica dos estrangeiros, segundo fosse mais amplo ou mais acanhado o criterio que presidisse ao cumprimento daquella obrigação.

A nova theoria, para ser theoricamente exacta e socialmente efficaz, devia traduzir claramente a natureza dos in-

teresses regulados pelo direito internacional privado e coartar o arbitrio dos estados na definição da situação jurídica dos estrangeiros. Ora, preceitos jurídicos destinados a regular interesses de caracter frisantemente internacional e referentes a questões que se relacionavam com a coexistencia e cooperação das soberanias dentro da sociedade internacional, já que questões de coordenação das soberanias são os tres problemas fundamentaes do direito internacional privado, eram preceitos de direito internacional no sentido dum systema de regras disciplinadoras das relações dos estados como comunidades politicas, impostas pela consciencia geral do mundo civilizado como condições da conservação e desinvolvimento dos povos que attingiram ou excederam um certo grau de civilização. O chamado direito internacional privado identificava se assim fundamentalmente com o direito internacional publico como direito regulador das relações dos estados como membros da comunidade internacional, antes, era uma das manifestações do direito internacional publico. Como tal o proclamou a nova escola com DESPAGNET, PILLET, e outros, ficando deste modo determinada a sua natureza em harmonia com a função por elle exercida na sociedade internacional e encontrada a base da sua força obrigatoria para os estados constitutivos dessa comunidade.

Segundo, pois, a escola nova, que, em harmonia com o que temos dicto, parece interpretar rigorosamente os factos, o direito internacional privado tem a natureza e o fundamento de todo o direito internacional. Cabe-lhe, porém, uma função especifica dentro do organismo juridico internacional, e é harmonizar o direito de legislação *privada* de cada estado, direito igual para todos os estados, com o principio da *penetração reciproca das soberanias*, traduzido no mutuo reconhecimento pelos estados das manifestações da sua soberania, e uma das grandes revelações da lei de interdependencia que preside ás

relações da coexistencia e da cooperação internacional. Por virtude de semelhante reconhecimento, a soberania, de meramente *territorial*, tornou-se tambem *pessoal*, sendo a final a *personalização* da soberania a razão determinante da penetração das soberanias. E foi para que esta penetração se fizesse ordenadamente no campo das relações entre particulares, que appareceu o direito internacional privado, que, dum modo geral, deve fazer respeitar, no seu trabalho de coordenação, a soberania do estado que tenha maior interesse na resolução duma questão, pela applicação da lei que PILLET chama a — *lei do maximo respeito mutuo das soberanias* ¹.

¹ Para esclarecimento do que dizemos no texto, faremos algumas considerações acerca dos a) *direitos internacionaes* dos estados, e notaremos alguns dos factos que manifestam o b) *princípio da personalização e da penetração das soberanias* como signal da lei de interdependencia dos estados.

a) Os direitos attribuidos aos estados na ordem internacional são fundamentalmente tres: 1.º) direito de conservação, 2.º) direito de independencia, e 3.º) direito de egualdade.

1.º) *Direito de conservação*. Este direito consiste em geral na faculdade de manter, desinvolver e defender os elementos constitutivos da integridade nacional, e manifesta-se sob a forma da *posse e aperfeiçoamento* das condições da existencia nacional, sob a forma de *defesa* contra as aggressões actuaes, e sob a forma de *segurança* contra aggressões futuras. Sob o primeiro aspecto, abrange a faculdade de — manter, ampliar e aproveitar de modo legitimo o territorio nacional, — promover o desenvolvimento e favorecer a educação da população do estado, — communicar livremente com os outros estados, estabelecendo com elles as relações necessarias á sua conservação e desenvolvimento, — e, finalmente, exigir o respeito da sua personalidade sob o ponto de vista moral (respeito da honra e dignidade do estado), sob o ponto de vista politico (respeito das instituições sociaes e politicas), e sob o ponto de vista civil (respeito da sua individualidade juridica de direito privado). Sob o segundo aspecto, representa a legitimidade da reacção contra os ataques lesivos das condições de existencia do estado. Sob o terceiro aspecto finalmente, confere

54. Da nova concepção do direito internacional privado derivam consequências praticas importantissimas respeitantes

ao estado a faculdade de se collocar em condições de repellir as aggressões que contra elle possam ser dirigidas e, porisso, a faculdade de formar e instruir exercitos, de crear arsenacs e escolas militares, de levantar fortificações, de armar esquadras, de, em summa, organizar e aperfeiçoar livremente forças de terra e mar, não podendo o desinvolvimento do poder militar de qualquer estado ter outros limites alem dos que se contiverem nos tratados por elle assignados, como o tratado entre o Chili e a Argentina de 28 de maio de 1902, em que os dois estados se obrigaram a reduzir os seus armamentos maritimos, — de contrair alianças para ampliar o seu poder dentro da sociedade internacional e melhor defender os seus direitos, — de, finalmente, tomar as medidas convenientes para evitar actos que possam prejudicar a tranquillidade publica, como prohibindo a entrada de estrangeiros nos arsenacs, fechando os portos militares, limitando o numero e a demora dos navios de guerra estrangeiros em quaesquer portos nacionaes, e usando os meios necessarios para acautelar os proprios direitos sem attingir ou ameaçar os direitos dos outros estados.

2.º) *Direito de independencia.* Traduz-se este direito na autonomia de cada estado no seu governo interno, ou seja na liberdade de constituição politica, na liberdade de legislação, na liberdade de administração e na liberdade de jurisdicção, e na direcção das relações exteriores, ou na faculdade de communicação internacional, de enviar e receber agentes diplomaticos e consulares, de celebrar tratados, de declarar a guerra e fazer a paz, de, em summa, ser arbitro das suas relações com os demais estados. A independencia do estado não apresenta, porém, o caracter dum direito absoluto de governo interno ou de direcção das relações exteriores completamente estranhos aos interesses dos estados que os progressos da civilização constituiram em comunidade internacional. A independencia só pode ir certamente até onde o permitta a coexistencia e a cooperação dos estados em comunidade internacional. É o sentido das tendencias que notamos na historia das relações dos estados civilizados e o significado d'alguns factos que vamos resumir e que mostram como o principio da comunidade internacional limita a independencia do estado em todas as suas manifestações.

A primeira revelação da autonomia do estado é a liberdade de escolha

aos legisladores e aos juizes de cada um dos estados da comunidade internacional na sua missão de *formular* ou de *applicar* os preceitos daquelle direito.

e de transformação da constituição politica. Com ella começa a influencia limitadora da comunidade internacional. Nunca o estado escolhe uma forma politica que não dê garantias de cumprimentos dos deveres internacionaes, aliás não seria *reconhecido* pelos outros estados e não poderia estabelecer as relações internacionaes necessarias ao seu estadio de civilização. Na legislação revela-se aquella influencia evidentemente: α) no facto de as modernas legislações civis e commerciaes introduzirem nas suas disposições principios de direito internacional privado com o fim de regular a condição juridica dos estrangeiros e de garantir os interesses ligados ás relações entre individuos de differentes nações; β) no facto de os codigos mais recentes serem sempre organizados em face do estudo comparado das legislações dos povos civilizados, de modo que estas legislações têm muitos pontos de contacto que são um producto e um novo factor da solidariedade internacional; γ) na dupla tendencia — para formular uma legislação internacional geral applicavel ás mais frequentes relações dos estados e a respeito das quaes se pode estabelecer a uniformidade de preceitos juridicos, como se verifica nas uniões internacionaes, — e para definir principios communs de direito internacional privado, obra comprehendida pelas conferencias da Haya de 1893, 1894, 1900 e 1904, de que já resultaram as oito convenções referidas de 1896, 1902 e 1905 sobre processo civil, casamento, divorcio e separação de pessoas, tutela e interdicções, e successões e testamentos, o que tudo resulta da acção da vida internacional sobre o modo de ser da legislação nacional. A influencia continúa na administração do estado. Para regular determinados grupos das suas relações, crearam os estados civilizados as uniões internacionaes e com ellas órgãos administrativos internacionaes, sob a forma de commissões ou de officios internacionaes, cuja acção é sempre distincta dos poderes locais e sempre tendente a realizar interesses communs dos estados. O mesmo quanto á jurisdicção. Por um lado, os estados civilizados, por consideração e respeito á soberania e interesses dos outros estados, reconheceram determinadas isenções das leis e justiças locais, como acontece com os chefes de estado estrangeiros, agentes diplomaticos, consules, e navios militares, e, por outro lado, os tribunaes dos differentes países ou applicam leis estrangeiras, o que se

Sendo o direito internacional privado um systema de principios juridicos que disciplinam as relações dos estados como

dá sempre que estas são chamadas para regular certas relações jurídicas, ou reconhecem a existencia e efficacia de direitos adquiridos em país estrangeiro á sombra de leis que não são as do seu estado, ou dão execução aos julgamentos proferidos por tribunaes estrangeiros, ou cumprem rogatorios destes tribunaes para os auxiliar na administração da justiça, ou deixam de julgar criminosos que devam ser extraditados para outro estado. Em qualquer destes casos a jurisdicção dum estado é limitada ou influenciada pela acção da communitade internacional.

Passando do governo interno á direcção das relações exteriores, patente-se o mesmo phenomeno. Assim: quanto ao direito de legação, está estabelecido pela pratica internacional que todo o estado tem obrigação de receber agentes diplomaticos dos outros estados, embora possa deixar de receber, por motivos pessoaes, determinado agente diplomatico; quanto á representação consular, tambem se admite o principio de que o estado tem obrigação de receber consules dos outros estados, se bem que tenha o direito de não consentir que elles se estabeleçam em determinados logares, de limitar o seu numero, e de se recusar a aceitar como consules determinadas pessoas; quanto a tratados, conhecemos já a doutrina de limitação estabelecida pela conferencia de Londres de 1871; quanto ao direito de guerra, emfim, renunciaram as potencias, á excepção da Hespanha, dos Estados-Unidos e do Mexico, ao exercicio do curso pela declaração de Paris de 1856, e, na conferencia da paz de 1899, ao mesmo tempo que procuraram assentar nos meios de resolver pacificamente os conflictos internacionaes — crearam o tribunal permanente de arbitragem, — estabeleceram que as potencias estranhas ao conflicto *podem* offerecer os seus bons officios ou a sua medeação sem que isso represente um acto pouco amigo, e *devem*, no interesse superior da paz e antes que o conflicto tome um caracter violento, lembrar aos estados contendores que o tribunal está aberto para a resolução da questão, — e esforçaram-se por tornar a guerra mais *leal* e mais *humana*, declarando que os belligerantes não têm um direito illimitado na escolha dos meios de prejudicar o inimigo e fixando restricções ao arbitrio dos belligerantes (Vide convenções da Haya de 29 de julho de 1899 relativas á resolução pacifica dos conflictos internacionaes e ás leis e costumes da guerra).

É, pois, irrecusavel o testemunho dos factos no sentido de que o di-

membros da comunidade internacional, as suas prescripções impõem-se imperativamente à vontade dos estados, não em

reito de independencia é limitado ou influenciado pelo principio da comunidade internacional. A interpretação de taes factos justifica assim a formula que áquelle direito foi dada pelo Congresso da Paz, na sessão de Paris de 1900, — *autonomia na solidariedade* (*R. D. I. P.*, 1902, pag. 116), e explica o conceito da *interdependencia* formulado por PILLET e LAPRADELLE (*R. cit.*, 1898, pag. 89, e 1901, pag. 340) para determinar a medida da liberdade do estado nas suas relações com os outros estados. Hoje a independencia não pode intender-se como faculdade de isolamento, mas simplesmente como a autonomia na solidariedade em que a interdependencia creada pela civilização collocou os estados cultos.

3.º) *Direito de egualdade*. Grandes ou pequenos, fortes ou fracos, todos os estados são considerados eguaes perante o direito internacional, sendo-lhes attribuidas as mesmas faculdades e as mesmas obrigações juridicas como membros da comunidade internacional, onde não existe outro superior alem da vontade commum dos estados. O direito de egualdade constitue a medida de toda a acção juridica internacional do estado, sendo a ideia de reciprocidade de direitos e obrigação o principio de justiça que informa o regimen das relações internacionaes. (DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 377 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 252 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 120 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 163 e segg.; PILLET, *Recherches sur les droits fondamentaux des états dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflicts qu'ils font naitre*, na *R. D. I. P.*, 1898, pagg. 66 e segg.; CAVAGLIERI, *ob. cit.*; etc.).

b) A constituição duma sociedade internacional de coordenação assentou, como dissemos, no principio do reconhecimento da independencia mutua dos estados, e porisso representam tambem o reconhecimento e *respeito mutuo* da soberania dos mesmos estados. Mas a sociedade internacional revela-se na cooperação dos estados para a realização de fins communs e porisso suppõe a *penetração reciproca das soberaniàs*, segundo o pensamento expressivo e verdadeiro de PILLET, que significa o reconhecimento mutuo das manifestações da soberania dum estado dentro da esphera d'acção doutro estado. Assim, o reconhecimento da protecção diplomatica ou consular dum determinado estado para os nacionaes deste estado residentes no estrangeiro, o reconhecimento das leis estrangeiras para regular as relações juridicas que interessam os subditos dos outros estados,

nome duma obrigação desses estados para comsigo mesmos, mas como resultado duma obrigação para com as outras nações. Para usarmos termos bem expressivos, podemos dizer que o direito internacional privado é uma lei obrigatoria para os estados e não simplesmente uma lei obrigatoria para os membros dos mesmos estados, é, em summa, uma lei da sociedade internacional. Porque, todavia, é ainda muito imperfeita a organização desta sociedade, o direito internacional privado é actualmente estabelecido, na sua maior parte, de modo individual por cada um dos estados e não constitue uma disciplina *unitaria* das relações internacionaes de ordem privada, e aquella *lei* anda incorporada nos systemas juridicos nacionaes. Mas, ao *formulá-la* individualmente, deve cada estado considerar-se *transitoriamente* como órgão da comunidade internacional para esse effeito e julgar-se um *definidor local* duma *lei internacional* e não mero *creador independente* duma *lei interna* baseada apenas nas conveniencias nacionaes. Os interesses communs das nações devem ser o criterio informador das suas deliberações.

55. Pela sua natureza e pelo seu destino, o direito internacional privado deveria ser estabelecido por um accordo

o reconhecimento dos actos juridicos praticados e dos julgamentos proferidos em país estrangeiro, a extradição de criminosos para serem julgados pela justiça do seu país, a são signaes evidentes da penetração das soberanias como producto da vida internacional como causa e da *personalização* da soberania como um facto, pois só uma soberania que se personaliza pode manifestar-se fóra do territorio do estado. Mas, interreconhecendo-se, personalizando-se e compenetrando-se, devem as soberanias manter-se sempre uma linha de egualdade e de mutuo respeito para se produzir a final a justa coordenação internacional (PILLET, *Principes*, pag. 73; ANZILOTTI, *ob. cit.*, pag. 129).

commum dos estados que o tornasse obrigatorio para todos, como cada estado torna o seu direito interno obrigatorio para os seus nacionaes. Comtudo, o modo de ser imperfeito da evolução formal do direito internacional privado, pela falta dum organismo internacional convencional ou politico regularmente constituido que defina normalmente os seus preccitos, obriga cada estado singularmente a substituir o *poder internacional* e a regular por si as relações privadas internacionaes. E, como órgão da sociedade internacional, define principios, como a seu ver os definiria a commuidade dos estados, de coordenação da soberania das differentes nações na esphera dos interesses privados e, designadamente, demarca os limites de applicação das leis das differentes nações na sua concorrência internacional para garantir efficazmente as relações privadas que a vida internacional produza ou faça reflectir no dominio da sua soberania. Mas, ao formular preceitos de direito internacional privado, o estado apenas presta o ministerio da sua *declaração* e o apoio da sua *soberania* a regras que um organismo internacional deveria *declarar* e *garantir*. Só *formalmente*, pois, os preceitos que declara se approximam do direito interno. Pelo seu *conteúdo* e pela sua *natureza* são regras internacionaes.

Sendo assim, os preceitos do direito internacional privado formulados por um determinado estado têm um caracter rigorosamente *imperativo* e devem ser applicados obrigatoria-mente pelos tribunaes desse estado com exclusão de quaesquer preceitos da mesma natureza formulados por outros estados. Com effeito, desde que os principios de direito internacional privado formulados por um estado devem considerar-se como os principios que seriam sancionados por um legislador realmente internacional, e portanto como os verdadeiros principios do direito internacional privado em harmonia com o modo de ser da commuidade dos estados, como a *expressão nacional* da *unidade superior* daquelle direito, seria absurdo que o

juiz pudesse applicar preceitos de direito internacional formulados pelos outros estados, como seria absurda a applicação de principios differentes dos definidos por um legislador internacional.

Mas o caracter imperativo dos preceitos do direito internacional privado ainda deriva doutra consideração. Semelhantes preceitos representam um meio de coordenação das soberanias na sua expressão legislativa, por elles determina cada estado os limites da sua soberania no campo da legislação e portanto são preceitos de direito publico, de impreterivel applicação pelos tribunaes.

Da natureza e caracter dos preceitos do direito internacional privado formulados pelos legisladores nacionaes ainda deriva outra consequencia importantissima. É que deve ser *obligatoria* para os juizes a applicação das leis estrangeiras quando, por lei expressa, por tratados ou por um costume bem estabelecido, o direito nacional tenha admittido a applicação dessas leis. Não devem esperar que as partes reclamem tal applicação, nem deixar dependente de demonstração, por alguma das partes, a existencia das leis estrangeiras quando essa existencia seja contestada, mas proceder officiosamente ás necessarias averiguações. Não ha mais razão para applicar obrigatoriamente o direito do estado do que o direito que se impõe ao estado. Deste ponto trataremos, porém, no capitulo que destinamos ao direito internacional judiciario.

§ IV

Methodo de constituição e codificação
do direito internacional privado ¹

SUMMARIO : — 56. O methodo internacional e o methodo legislativo na constituição do direito internacional privado. Seus caracteres e comparação. — 57. Unificação do direito internacional privado. Tendencias doutrinaes. — 58. Trabalho diplomatico para a uniformização do mesmo direito. Tentativas dos governos italiano e hollandês, na Europa, e peruviano, na America. — 59. Primeiros resultados do movimento de codificação do direito internacional privado. O congresso de Montevideo de 1888-1889 e os tratados ahi assignados. — 60. As conferencias da Haya de direito internacional privado de 1893, 1894, 1900 e 1904. A sua obra : Convenção de 1896 sobre processo civil, convenções de 1902 sobre casamento, divorcio e tutela de menores, e convenções de 1905 sobre processo civil, successões, effeitos do casamento, e interdicção. O seu valor para a uniformização e codificação daquelle direito.

56. Dado o destino pratico do direito internacional privado, que é, como já dissemos, estabelecer uma certa communidade de direito entre os povos civilizados por meio de regras uniformes quanto á condição dos estrangeiros, quanto á justa combinação das differentes leis nacionaes reguladoras das relações privadas, e quanto ao reconhecimento dos effeitos dos

¹ JITTA, *ob. cit.*; PILLET, *Principes*, pagg. 90 e segg., *Droit int. privé*, pagg. 39 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 36 e segg.; ASSER, *La convention de la Haya du 14 novembre 1896 relative à la procedure civile*; LAINÉ, *ob. cit.*, pagg. III e segg., e *R. D. I. Pr. et D. Pén. Int.*, 1905, pagg. 1 e segg.; CONTUZZI, *Conventions de la Haya concernant la codification du droit international privé*, 1904; MEILI, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg.; etc.

actos juridicos praticados no estrangeiro, deveria esse direito revestir a forma dum systema de preceitos communs a todos os estados, para se conseguir a maior unidade de situação juridica dos individuos dentro da communitate internacional. O modo de formação mais perfeito do mesmo direito seria, pois, a consignação dos seus preceitos numa *lei internacional* obrigatoria para todos os estados e por todos unanimemente cumprida, lei internacional que resultasse ou da deliberação soberana do poder central dirigente da communitate internacional, se esta communitate chegasse a ter uma organização *politica* qua-tal, ou do accordo geral dos estados, se de ordem convencional fosse, como tem sido e ainda é, a base das relações internacionais.

Semelhante modo de formação do direito internacional privado resultaria da applicação do *methodo internacional* ou *universal* na constituição daquelle direito, methodo caracterizado pelo seu ponto de partida — a consideração do conjuncto dos estados e o seu *dever commum* de assegurar a situação juridica dos individuos na sociedade internacional, pela sua tendência fundamental — harmonizar as leis divergentes das diversas nações por meio de regras juridicas applicaveis em todos os estados, e pelo seu principio informador assim formulado por JITA — «Os estados, considerados no seu conjuncto, têm o dever commum de assegurar a applicação do direito na humanidade, formulando regras juridicas positivas e universaes, baseadas sobre uma convicção commum dos estados relativamente ao fim social das relações juridicas».

A verdade é, porém, que nem na sociedade internacional existe um poder central que formule uma lei geral de coordenação das leis privadas dos differentes estados, nem se estabeleceu ainda o accordo geral dos estados para a organização dum systema de principios convencionaes destinados áquella coordenação. O resultado foi que, em vez dum corpo de re-

gras communs aos differentes estados reguladoras das questões constitutivas do direito internacional privado, em vez dum direito internacional privado *geral*, appareceram, na expressão de PILLET, *systemas nacionaes* de solução de questões internacionaes ou *definições locais* de regras internacionaes, formulando cada estado, nos suas leis de direito privado, as regras que lhe parecem justas para disciplinar as relações internacionaes de ordem privada, constituindo-se como que um direito internacional privado *português, hespanhol, francês*, e assim por diante. Na impossibilidade de applicação do methodo internacional, seguiu-se, pois, o chamado *methodo legislativo* ou *individual*, cujo character se determina ainda, segundo JITTA, pelo seu ponto de partida — a consideração dum estado determinado, pelo seu fim — a realização do dever deste estado para com os individuos que compõem a sociedade juridica internacional, sendo cada estado ao mesmo tempo órgão e representante do poder *publico* da sociedade internacional, e pelo seu principio informador — «O legislador de cada estado deve applicar a toda a relação juridica, considerada sob todas as faces que ella possa apresentar no estado actual da humanidade, o direito que convem á sua natureza, isto é, ao fim que ella desempenha na sociedade universal dos individuos».

A simples comparação dos dois methodos mostra o seu valor relativo.

O methodo individual tem, com uma grande vantagem, um grande defeito. A vantagem está na facilidade da sua applicação pratica, já que apenas depende da iniciativa dum só estado o definir regras de direito internacional privado; o defeito apparece naturalmente na variabilidade desses principios nos differentes *systemas locais* de direito internacional privado.

O methodo geral tem a vantagem e o defeito contrarios. A uniformidade de principios reguladores das relações privadas

internacionaes corresponde uma grande difficuldade de realisação pratica.

Será, porém, esta difficuldade indefinida impossibilidade, por maneira que devamos ficar sempre no dominio do methodo individual, podendo apenas aspirar-se á attenuação da variabilidade dos systemas de direito internacional local e nunca á construcção dum systema de direito internacional geral? A observação e interpretação dos factos por que se revela a existencia historica do direito internacional privado parecem auctorizar a previsão de que num futuro mais ou menos afastado triumphará o methodo internacional e de que aquelle direito conseguirá a unidade de principios de que depende a sua perfeição institucional.

57. Logo na sua primeira apparição doutrinal com a escola dos postglosadores—que, diante das exigencias do commercio entre as cidades italianas cujo desinvolvimento era difficultado pela territorialidade dos costumes locaes, tentaram illudir algumas das disposições mais rigorosas desses costumes pela applicação de certas disposições do direito romano considerado como regra, como direito geral, de que as leis locaes representavam meras excepções, e, assim resolver em certo modo, por meio deste direito, conflictos levantados entre os costumes locaes—o direito internacinal privado revelava o aspecto dum direito commum, já que como uma especie de direito commum universal era então considerado o direito romano. Com o mesmo character de generalidade continua no conceito dos fundadores e representantes da *theoria dos estatutos*, os quaes, todos, com o fim de resolver os conflictos entre as leis particulares de diversas cidades ou provincias (primitivo significado da palavra estatutos) ou entre leis de diversos estados (mais tarde estatuto tornou-se synonymo de lei) classificaram os estatutos em *pessoaes* e *reaes*, segundo se referissem á pessoa

ou aos bens, e admittiram a exterritorialidade do estatuto pessoal e a territorialidade do estado real, de modo que os mesmos principios eram seguidos fundamentalmente em toda a parte e se reconhecia um direito commum para a resolução dos conflictos das leis de ordem privada.

Chega, porém, o periodo das codificações, no principio do seculo passado o direito internacional privado começa a *nacionalizar-se* com o successivo apparecimento dos codigos de direito privado, praticando cada legislador o methodo individual, promulgando de modo independente os principios reguladores da situação juridica dos estrangeiros, creando, em summa, o regimen geral actual de definições locais de regras internacionais¹.

A nacionalização do direito internacional privado não foi, comtudo, o producto duma tendencia contraria ao caracter de generalidade do mesmo direito, mas o resultado da tendencia dos estados para lhe darem uma fórmula *legal e positiva*, incorporando-o, á falta dum legislador unico e dum accordo geral, nas leis nacionaes. É tanto assim, que as codificações nacionaes contêm alguns principios communs de direito internacional privado, como a regra *locus regit actum* e o principio da *autonomia da vontade* em materia de leis facultativas ou interpretativas, que, sancionados primeiro pelo costume, foram depois expressamente consagrados pelas legislações, e, apesar das codificações, começou a pronunciar-se no seculo passado e continua a manifestar-se no seculo presente a tendencia official e diplomatica para uniformizar os principios do direito internacional privado. Esta tendencia foi preparada por um intenso trabalho doutrinal, que, principalmente na segunda metade do seculo XIX, procurou fundar sobre bases novas a nossa sciencia, e encontrou em algumas associações scientificas, principalmente no Instituto de direito internacional, não só um grande meio de organização pela approximação dos

mais notaveis internacionalistas dos diversos países e pela definição em *commun* dos principios reguladores das relações internacionaes de ordem privada, mas ainda um processo de facilitar a admissão pelos estados dos principios *communs* de direito internacional privado, já que o Instituto e em geral as demais associações dão a esses principios a fôrma de regras praticas e até de projectos de tratados, o que evidentemente pode encaminhar os estados a estabelecer preceitos semelhantes ou nas leis internas ou em convenções internacionaes.

58. Foi a Italia que iniciou o movimento diplomatico para definir num *accordo* entre os estados principios *communs* de direito internacional privado. Com effeito, em 1867, recebeu o grande jurisconsulto e homem de estado MANCINI, do ministro dos estrangeiros RATAZZI, a missão officiosa de empreender junto de alguns governos negociações confidenciaes com o fim de fixar, na medida que as circunstancias pudessem consentir, algumas normas *communs* acerca da condição civil dos estrangeiros, da extensão e garantia dos seus direitos e da sua mais facil participação nos beneficios das respectivas legislações, designadamente acerca da lei reguladora do estado e da capacidade, da propriedade mobiliaria e immobiliaria, dos actos juridicos e das successões. MANCINI iniciou as negociações junto dos governos de Paris, Bruxellas e Berlim, as suas propostas foram acolhidas favoravelmente, obstando, porém, os acontecimentos politicos que nessa epoca preoccuparam os governos, sobretudo a annexação dos Estados Pontificios ao reino de Italia, a guerra franco-prussiana e a constituição do Imperio allemão, a que se chegasse a um resultado apreciavel sobre a unificação ou *codificação* do direito internacional privado ¹.

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.º série, vol. xvi, pagg. 89 e segg.

Restabelecida a tranquillidade europeia, logo em 1873 o Instituto de direito internacional, em seguida á sua constituição e por proposta de MANCINI, reconheceu a utilidade e, para certas materias, a necessidade de tornar obrigatorias para todos os estados civilizados, sob a fórma de tratados, um certo numero de regras uniformes, para assegurar a decisão tambem uniforme dos conflictos das leis, e confiou a uma commissão o cuidado de estudar a questão e de formular os principios que poderiam servir de base á codificação do direito internacional privado. Em 1874 foi apresentado ao Instituto, na sessão de Genebra, o primeiro relatorio desta commissão, assignado por MANCINI e ASSER, os dois grandes propulsores do movimento codificador, que pode ser considerado como a introdução aos trabalhos ulteriores daquela instituição e terminava, por algumas conclusões, votadas naquella sessão e pelas quaes o Instituto: 1.º) reconheceu a utilidade ou a necessidade de regras convencionaes uniformes de direito internacional privado para a resolução das questões relativas ás pessoas, aos bens, aos actos juridicos, ás successões, ao processo e aos julgamentos estrangeiros; 2.º) emittiu a opinião de que o melhor meio de conseguir semelhante resultado seria o Instituto preparar projectos textuaes de tratados, que servissem de base ás negociações officiaes em conferencias diplomaticas; 3.º) declarou que os tratados não deviam nem podiam, sem oppôr um obstaculo aos progressos da civilização, impôr aos estados a uniformidade dos seus codigos e das suas leis, mas apenas determinar antecipadamente qual das leis, que pudessem encontrar-se em conflicto, seria applicavel ás differentes relações juridicas; 4.º e affirmou — que, no estado actual da sciencia do direito internacional, seria levar até ao exaggero o principio da independencia e da soberania territorial das nações, attribuir-lhes um direito rigoroso de recusar aos estrangeiros o reconhecimento de direitos civis e

de lhes negar a capacidade jurídica de os exercer por toda a parte, — que esta capacidade existe independentemente dos tratados e de toda a condição de reciprocidade, — que a admissão dos estrangeiros ao gozo de taes direitos e a applicação das leis estrangeiras ás relações jurídicas que por ellas devam ser reguladas não podem ser a consequencia dum simples principio de cortesia, mas são o resultado dum *dever de justiça* internacional, dever que só deixará de existir se os direitos dos estrangeiros e a applicação das leis estrangeiras forem incompativeis com os instituições politicas ou com a ordem publica local ¹.

Entre as sessões do Instituto de 1873 e de 1874 (em janeiro deste ultimo anno), tornou o governo hollandês *official* a iniciativa *officiosa* do governo italiano de 1867, dirigindo-se aos governos estrangeiros e propondo-lhes a nomeação de delegados encarregados de elaborar em conferencia os principios duma regulamentação uniforme da competencia judiciaria, da execução internacional dos julgamentos e, dum modo geral, da resolução dos conflictos. A proposta foi em geral bem acolhida, mas as negociações não passaram da phase preliminar e a conferencia não chegou a reunir-se ².

Em 1875 o movimento propaga-se á America e a 11 de setembro o governo do Perú convida os estados americanos a reunirem-se em congresso em Lima para estudar o modo de unificar as suas legislações sobre direito internacional privado. O congresso abriu-se a 9 de setembro de 1877 com representantes da Argentina, Bolivia, Chili, Costa Rica, Equador, Perú e Venezuela, intitulado-se *congresso dos juristas americanos*, a 9 de novembro

¹ ASSER, *La convention de la Haye du 14 novembre 1896 relative à la procedure civile*, pag. 6; *Annuaire de l'Institut, Tableau général*, pag. 30.

² RENAULT, *Les conventions de la Haye sur le droit international privé*, pag. 15.

de 1878 deu a forma de tratado a uma declaração de princípios sobre a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, dos bens moveis ou immoveis, do casamento, das successões, sobre os limites da competencia dos tribunaes, sobre a execução de sentenças e ainda sobre outras materias de menos importancia, declaração convertida em tratado pelo protocollo de 5 de dezembro de 1878 assignado por plenipotenciarios dos estados indicados e bem assim da Guatemala e do Uruguay. O tratado não chegou a ser ratificado, substituindo-o uma serie de convenções concluidas durante o congresso sul-americano de Montevideo de 1888-89, de que em breve fallaremos ¹.

Na Europa continua o trabalho começado e em 1877 faz o governo italiano uma nova tentativa, agora official. Inspirado porventura por MANCINI, que era ministro da justiça, empreendeu CRISPI negociações para a celebração duma conferencia de direito internacional privado, mas ainda desta vez as negociações foram interrompidas sem se haver obtido resultados favoraveis ².

Em 1881 é MANCINI nomeado ministro dos estrangeiros e, em circular de 16 de setembro desse anno, enviada aos representantes do governo italiano junto dos governos estrangeiros, annuncia a estes a resolução de reatar as negociações para a celebração duma conferencia de direito internacional privado e encarrega-os de prescrutar as disposições dos governos a esse respeito. As negociações são com effeito entabuladas, e, embora deparassem com hesitações e difficuldades, encontraram acolhimento favoravel na maior parte dos governos. Iam, porém, ainda nos preliminares, quando, a 13 de março de 1884, Twiss, presidente da conferencia, da Associação para a reforma

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, tom. xvi, pagg. 149 e 266 e segg.

² MARTENS, *N. R. G. T.*, ser. e tom. cit., pag. 241.

e codificação do direito internacional, realizada em Milão em setembro de 1883, pediu ao governo italiano, em nome da Associação, que promovesse a reunião duma conferencia diplomatica tendente a estabelecer regras uniformes sobre a execução de julgamentos estrangeiros, assumpto de que a Associação se occupara na conferencia de Milão e sobre que votara determinadas conclusões. O governo italiano attendeu o pedido de TWISS, e MANCINI deu ás negociações nova orientação, propondo a reunião em Roma duma conferencia especial para estudar o problema da execução das sentenças estrangeiras. Não pondo de parte o seu plano duma conferencia geral e a sua ideia constante da codificação do direito internacional privado, formulou comtudo o projecto restricto á execução de sentenças, aguardando a oportunidade da celebração da conferencia especial, pela presença simultanea em Roma de pessoas versadas nas sciencias juridicas e de delegados dos governos, para a troca de ideias preliminares e das explicações mais precisas ácerca do thema geral das negociações anteriores. A nova proposta foi bem recebida por quasi todos os governos. Vinte e dois estados¹ manifestaram expressamente a sua acceitação e a conferencia poderia ser formalmente convocada, tanto mais que alguns governos já tinham nomeado os seus delegados. Obstou, porém, á convenção a reunião tambem em Roma duma conferencia sanitaria considerada de character mais urgente, que effectivamente se realizou naquella cidade em maio de 1885, e embora MANCINI declarasse, em circular de 28 de março desse anno, que a conferencia especial de direito internacional privado seria convocada depois que a

¹ Argentina, Austria-Hungria, Belgica, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, França, Grecia, Guatemala, Hespanha, Hollanda, Honduras, Inglaterra, Perú, Portugal, Rumania, Russia, Salvador, Servia, Suecia-Noruega, Suissa e Venezuela.

conferencia sanitaria ultimasse os seus trabalhos, a verdade é que mais uma vez foi adiado o inicio da codificação daquelle direito ¹.

59. O terreno estava contudo preparado, a ideia estava lançada, e em breve havia de ver-se a sua fructificação, primeiro, na America e, depois, na Europa.

Em verdade, a 20 de fevereiro de 1888 resolveram de commum accordo os governos da Argentina e do Uruguay convocar um congresso de jurisconsultos das nações da America do Sul para uniformizar por meio de tratados as regras do direito internacional privado, e a 10 de março do mesmo anno era expedida aos diversos governos nota de convite para a reunião do congresso em Montevideo a 25 de agosto, dia em que o congresso effectivamente se constituiu com representantes dos governos da Argentina, Bolivia, Brasil, Chili, Paraguay, Perú e Uruguay. As suas sessões prolongaram-se até 18 de fevereiro de 1889 e durante ellas foram concluidos, como acima dissemos, entre os estados representados, nove tratados sobre processo civil, propriedade litteraria e artistica, patentes de invenção, direito internacional commercial, direito internacional penal, exercicio de profissões liberaes, direito civil internacional, marcas de commercio, e applicação das leis dos estados contractantes, tratados abertos á accessão das outras potencias, célebrados por tempo indefinido com a faculdade de denuncia dois annos antes do momento da desoneração, e já ratificados, pelo menos, por alguns dos estados contractantes ². O conjunto dos tratados de Montevideo constitue um verdadeiro código

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, ser. e tom. cit., pagg. 89 e segg. e 166 e segg.

² *Tratados celebrados pela Republica Argentina*, Buenos-Aires, 1901, tom. II, pagg. 120 e segg.

de direito internacional privado, cuja organização foi facilitada pela semelhança de raça, costumes, religião, leis e constituição politica e social dos estados sul-americanos e cuja conclusão tem sido e continuará a ser suggestivo exemplo para todos os estados aos quaes a semelhança fundamental da sua civilização possa permittir a fixação de principios uniformes quanto aos direitos dos estrangeiros e á resolução dos conflictos das leis privadas ¹.

60. Em 1892, como que ligando por meio dum laço scientifico o movimento americano ao movimento europeu, promove a Real Academia de Jurisprudencia de Madrid a reunião, nesta cidade, dum congresso ibero-americano de caracter scientifico, embora sob a protecção do governo hespanhol, formado de representantes de Portugal, Hespanha e dos estados ibero-americanos, destinado a celebrar o quarto centenario da descoberta da America, e cujos trabalhos deviam versar designadamente sobre a arbitragem, sobre as obrigações civis e commerciaes em direito internacional privado, sobre propriedade litteraria, artistica e industrial e sobre abalroamentos e assistencia no alto mar, nas relações dos estados ibero-americanos. O congresso abriu a 24 de outubro de 1892 e foi encerrado a 16 de novembro do mesmo anno, tendo sido votadas na sessão de 16 de novembro as suas conclusões sobre os pontos indicados e ainda sobre o casamento, separação e divorcio em direito internacional privado ². Até ao presente não se fizeram sentir sensivelmente os resultados deste congresso no tocante á regulamentação juridica das relações inter-

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.º série, tom. xviii, pagg. 346 e segg.; *Actas de las sesiones del congreso sud-americano de derecho internacional privado*, Buenos-Aires, 1894.

² *Congresso juridico ibero-americano*, Madrid, 1893.

nacionaes de ordem privada, mas a affirmação de principios ahi feita não deixou de ser um factor e uma revelação da tendencia para a unificação do direito internacional privado.

Emquanto se planeava e celebrava o Congresso de Madrid, preparava-se a realização da obra tentada pelos governos italiano e hollandês em 1867, 1874, 1877, 1881 e 1884, e desta vez a diplomacia veria os seus esforços coroados de successo ¹.

No fim do anno de 1891, o illustre collaborador de MANCINI no Instituto de direito internacional, ASSEN, professor da Universidade de Amsterdam, advogado nesta importante cidade e um dos mais auctorizados cultores da sciencia do direito internacional privado, propõe ao governo hollandês que tome a iniciativa duma conferencia diplomatica destinada a determinar as bases dum accordo internacional sobre a codificação daquelle direito. A sua proposta é acolhida favoravelmente pelo ministro dos negocios estrangeiros *Van Tienhoven*, em 1892 são entabuladas as negociações para a realização da conferencia, o governo hollandês envia aos governos estrangeiros uma *memoria* indicadora do seu modo de ver a respeito da conferencia, em que mostrava a necessidade de fixar regras precisas e uniformes para a solução dos conflictos de leis, principalmente das leis respeitantes ao direito das pessoas e aos direitos de familia e de successão, memoria acompanhada dum *projecto de programma*, sob a fôrma de questionario, compreendendo *principios geraes*, respeitantes ao estado e capacidade das pessoas, aos bens e direitos reaes, á fôrma e materia dos actos juridicos, e os *direitos de familia* = casamento, paternidade e filiação, adopção, patria poder, tutela, interdicção, successões e testamentos, — as negociações correm regularmente, a confe-

¹ CONTUZZI, *Commentaire theorique et pratique des conventions de la Haye concernant la codification du droit international privé*, Paris, 1904.

rencia é convocada para 12 de setembro de 1893 e reúne na Haya desde este dia até ao dia 27 com representantes da Alemanha, Austria, Belgica, França, Hespanha, Hollanda, Hungria, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Russia e Suissa.

Aberta a conferencia sob a presidencia provisoria do ministro *Tienhoven* e constituida sob a presidencia definitiva de *ASSER*, determinou em primeiro logar o — *methodo* a seguir no estudo das questões do direito internacional privado e as — *materias* sobre que devia recair a sua attenção. O governo hollandês distribuiu ao delegados um ante-projecto de programma preparado pelos delegados neerlandeses e resumindo em oito artigos os principios fundamentaes do direito internacional privado; mas, por proposta de *RENAULT*, delegado da França, resolveu a conferencia pôr de lado a determinação de principios, para estudar e procurar regulamentar directamente as materias em que a necessidade de uniformização mais se fazia sentir, como, por exemplo, o casamento e a competencia judiciaria. As materias escolhidas para estudo foram o casamento, a fórmula dos actos, as successões, a competencia judiciaria e outras questões de processo, sendo respectivamente nomeadas quatro commissões para as estudarem e formularem as suas conclusões. Apresentados e discutidos os trabalhos das commissões, foi assignado no dia 27 de setembro o *Protocollo final*, com as regras a submeter á apreciação dos governos relativamente ao casamento, á communicação de actos judiciaes e extra-judiciaes, a cartas rogatorias, e a successões, e com este voto — «Os abaixo assignados reconheceram egualmente a utilidade duma conferencia ulterior, para fixar definitivamente o texto das regras incluidas no presente protocollo e para ao mesmo tempo proceder ao exame doutras materias de direito internacional privado escolhidas por accordo previo dos differentes governos», e com a seguinte declaração — «Os delegados da Hollanda annunciaram, em nome do seu governo,

a intenção em que este está de provocar uma nova reunião na Haya, durante o anno proximo ¹.

Pouco tempo depois do encerramento da conferencia de 1893 e em face do seu voto final, o governo hollandês, communicando aos governos ahi representados que tinha em principio sancionado todas as resoluções da conferencia, propôs-lhes a acceitação destas resoluções como base dos trabalhos posteriores, e, esperando favoravel acolhimento, propôs-lhes mais a reunião duma segunda conferencia na Haya no dia 25 de junho de 1894 e submetteu ao seu exame um ante-projecto de programma contendo as materias começadas a discutir na primeira conferencia e sobre que esta se pronunciaria no protocollo final — *casamento, successão e processo*, e duas materias novas — *tutella e fallencia*. O resultado das negociações foi de todo favoravel, pois a proposta do governo hollandês foi acceita por todos os governos representados em 1893 e bem assim pela Suecia e pela Noruega. A conferencia só foi, porém, aberta no dia 26 de setembro por proposta do ministro dos estrangeiros neerlandês e accordo dos delegados, como prova de sympathia pela França por virtude do assassinato do presidente Carnot.

Inaugurou a conferencia o ministro *Röel*, mas foi de novo dada a Asser a presidencia definitiva. Por proposta deste ultimo, foram nomeadas cinco commissões encarregadas do estudo das materias contidas no ante-projecto de programma, cumprindo ás tres primeiras commissões rever e completar os projectos elaborados pela conferencia de 1893 sobre casamento, successão e processo, devendo as duas ultimas redigir proje-

¹ *Actes de la conférence de la Haye de droit international privé* (12-27 de setembro de 1893); Asser, *ob. cit.*, pagg. 9 e segg.; Renault, *ob. cit.*, pag. 17.

ctos sobre a tutela e a fallencia. A conferencia examinou nas sessões seguintes as materias do programma e as materias novas e organizou sobre ellas cinco projectos que incluiu no *Protocollo final*, assignado a 13 de julho seguinte, destinado á apreciação dos governos representados¹.

Encerrada a conferencia, pensou naturalmente o governo hollandês nas medidas a adoptar para conduzir os outros governos a acceitarem os projectos abi votados e a convertê-los em regras legaes nos estados representados, quer por meio de convenções internacionaes quer por meio de leis nacionaes uniformes. Depois de examinar maduramente a questão, resolveu habilmente o gabinete da Haya destacar dos projectos votados pela conferencia o relativo ao processo civil e propôr ás potencias a conclusão dum tratado destinado a dar força legal ás regras contidas nesse projecto. Porque semelhante projecto continha disposições de verdadeiro interesse pratico (communicação de actos judiciaes ou extra-judiciaes, cartas rogatorias, *cautio judicatum solvi*, assistencia judiciaria e prisão por dividas), não parecia de natureza a levantar grandes objecções por parte dos governos, e, porque se tratava dum primeiro ensaio de codificação do direito internacional privado, pareceu prudente não complicar as negociações propondo a conversão em tratados de todos os projectos ao mesmo tempo, mas reservar os projectos relativos ao direito civil para depois de entrar em vigor a convenção sobre processo civil.

Nesta conformidade, communicou o governo dos Países Baixos em novembro de 1894 o projecto de tratado ás potencias representadas na conferencia, acompanhando-o duma nota expli-

¹ *Actes de la deuxième conférence de droit international privé* (25 junho a 13 julho de 1894); ASSER, *ob. cit.*, pagg. 42 e segg.; RENAULT, *ob. cit.*, pag. 24.

cativa da sua escolha e do seu procedimento. Os governos examinaram o projecto de modo, que a 14 de novembro de 1896 pôde este ser convertido em tratado assignado pela Belgica, França, Hespanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal e Suissa, a 1 de fevereiro de 1897 assignaram a Suecia e a Noruega o protocollo de adhesão ao tratado, a 22 de maio do mesmo anno subscreveram um protocollo adicional esclarecendo e completando o tratado as potencias signatarias e adherentes, até 30 de dezembro prestaram a sua adhesão ao tratado e ao protocollo as demais potencias representadas na conferencia, a 27 de abril de 1899 é assignado o deposito das ratificações e à 25 de maio do mesmo anno entra em vigor a convenção sobre processo civil. Começa assim a realizar-se na Europa a ideia querida de MANCINI por obra da vontade energica de ASSER e o dia 25 de maio de 1899 fica constituindo uma data das mais notáveis na historia do direito moderno ¹.

Ainda no decurso das negociações para a approvação final e entrada em vigor da convenção de processo civil, foram iniciados pelo governo hollandês os trabalhos preparatorios duma terceira conferencia destinada á codificação de diferentes capitulos do direito internacional privado. Para facilitar a consecução de resultados praticos sem grande perda de tempo, nomeou aquelle governo, por proposta de ASSER e em decreto de 20 de fevereiro de 1897, uma commissão especial encarre-

¹ Portugal fez-se representar na conferencia de 1893 pelo barão de Sendal e na de 1894 pelo conde de Tovar, assignou a convenção e o protocollo por intermedio do seu representante na Haya, conde de Sélir, e ratificou os dois actos internacionaes por carta regia de 28 de julho de 1898. Vid. *Diario das sessões da camara dos deputados*, de 1898, pag. 1247, e da camara dos pares, do mesmo anno, pag. 416; ASSER, *ob. cit.*, pag. 73.

gada dos trabalhos preparatorios e convidou as potencias a seguir o seu exemplo, que foi um breve imitado pela Belgica, França e Russia com a nomeação de commissões especiaes de direito internacional privado. Ainda segundo a proposta de ASSER, — a commissão neerlandesa devia rever os projectos formulados pelas conferencias anteriores que pudessem ser definitivamente approvados por uma terceira conferencia internacional e redigir assim para esta terceira conferencia um projecto de programma que seria submettido á apreciação das potencias pelo governo hollandês, — os differentes governos seriam convidados a enviar ao governo da Haya as observações que lhes merecesse o projecto de programma, — estas observações seriam reunidas pela commissão neerlandesa num só trabalho destinado a dar facilmente um resumo das diversas propostas, — e este trabalho seria enviado ás potencias antes da abertura da conferencia para o effeito de servir de base ás instrucções a dar aos delegados. A commissão, de que era e ainda é presidente ASSER, procedendo em harmonia com estas indicações, organizou o projecto de programma sobre as tres questões — *casamento* (condições de validade, effeitos sobre o estado da mulher e dos filhos e sobre os bens dos esposos, divorcio e separação de pessoas), *tutela de menores*, *successões*, *testamentos e doações mortis causa*, e, depois daquelle projecto ser submettido á apreciação dos governos e de estes terem communicado ao governo hollandês as suas observações, estudou todas as notas e relatorios recebidos e organizou um quadro systematico com a indicação, sobre cada artigo do projecto de programma, do texto das propostas e emendas formuladas pelos governos. Este quadro acompanhado do texto das mencionadas notas e relatorios, o que constitue um interessante volume intitulado *Documents relatifs à la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé*, foi enviado em março de 1900 aos governos representados nas conferencias de 1893

e 1894 e convidados para a terceira conferencia, que foi aberta na Haya a 25 de maio do mesmo anno de 1900.

Aberta sobre a presidencia do ministro dos estrangeiros neerlandês *Beaufort* e constituida definitivamente sob a presidencia de *ASSER*, elegeu a conferencia cinco commissões, tres para o estudo das questões do projecto de programma, casamento, successões e tutela de menores, devendo a terceira commissão completar o seu trabalho com a organização dum projecto sobre a tutela de maiores (interdicção), a quarta para escolher as questões que deviam ser objecto dum exame ulterior, e a quinta para redacção definitiva dos projectos, — discutiu e apreciou em dez sessões as materias do projecto de programma revistas pelas commissões e as materias novas propostas pela terceira commissão (tutela de maiores e expedição de certificados sobre a legislação em vigor num estado) e pela quarta (fallencia) — e assignou a 18 de junho o *Protocollo final* com quatro projectos de convenções sobre a resolução de conflictos de leis em materia de casamento (condições de validade), sobre a resolução de conflictos de leis e de jurisdicções em materia de divorcio e separação de pessoas, sobre a resolução de conflictos de leis e de jurisdicções em materia de tutela de menores, e sobre a resolução de conflictos de leis em materia de successões, testamentos e doações *mortis causa*, e com o duplo voto: *a*) de que o governo hollandês transmittisse quando o julgasse opportuno aos governos representados na conferencia os relatorios e os ante-projectos organizados pela conferencia referentes aos *Effeitos do casamento sobre o estado da mulher e dos filhos*, aos *Effeitos do casamento sobre os bens dos esposos*, aos *Effeitos do divorcio e da separação de pessoas*, à *Tutela dos menores*, à *Fallencia* e à *Expedição de certificados de leis*, acompanhados dum projecto de programma e do convite aos mesmos estados para communicarem as suas observações sobre esse projecto segundo o processo adoptado na pre-

paração da conferencia que ia findar, a fim de que o mesmo projecto pudesse fazer objecto das deliberações duma quarta conferencia de direito internacional privado; b) e de que a competencia dos tribunaes em materia de successões, de testamentos e de doações *mortis causa* fizesse objecto dum accordo ulterior ¹.

O governo hollandês tinha assim diante de si uma dupla tarefa — negociar a assignatura dos tratados cujos projectos foram votados pela terceira conferencia e preparar a reunião duma quarta conferencia de direito internacional privado. A ambas se entregou com dedicada boa vontade e ambas realizou com relativo successo.

Poucos meses depois do encerramento da terceira conferencia, o governo da Haya communicou aos demais governos que acceitava os quatro projectos de convenção votados pela conferencia e convidou os mesmos governos a declarar se egualmente os acceitavam. Mas, como as negociações mostrassem que apenas os tres primeiros projectos poderiam ser assignados pela maior parte dos estados representados na conferencia, só elles foram afinal propostos á assignatura, que teve logar na Haya a 12 de junho de 1902, ficando o quarto projecto reservado para um exame ulterior. Assignaram as tres convenções a Allemanha, Austria, Belgica, França, Hespanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Suecia e Suissa, abstendo-se a Dinamarca e a Noruega por virtude de ser lei pessoal nestes paises a lei do domicilio e a conferencia ter consagrado a lei da nacionalidade, bem como a Russia por certo por a conferencia não ter attendido a proposta do primeiro delegado russo (DE MARTENS) para que o casamento

¹ *Actes de la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1900; ASSER, *ob. cit.*, pag. 75; RENAULT, *ob. cit.*, pag. 25.

contraído no estrangeiro, entre individuos um dos quaes pertencesse a um país cuja legislação exija uma celebração religiosa, fosse reconhecido como valido quando celebrado pelo clerigo competente. A maioria dos signatarios (Allemanha, Belgica, França, Hollanda, Luxemburgo, Rumania e Suecia) ratificaram-nas de modo, que o deposito das ratificações pôde ser feito e assignado em 1 de junho de 1904 (já estava reunida a quarta conferencia) e, por força duma disposição commum das convenções que determinava que estas começariam a vigorar sessenta dias depois do deposito das ratificações, tornaram-se ellas lei dos estados indicados no dia 31 de julho de 1904, nova data digna de ser signalada na historia do direito moderno¹.

Para se desempenhar da segunda parte da sua missão, no desejo sempre firme de fazer progredir a codificação do direito internacional privado e de tornar effectivo o voto final da conferencia de 1900, propôs o gabinete da Haya ás potencias em

¹ A 30 de junho de 1904, depositou a Hespanha na Haya o instrumento de ratificação da convenção relativa á tutela de menores, a 16 de junho de 1905 ratificou a Suissa as tres convenções e a 17 de julho do mesmo anno fez a Italia o deposito da ratificação tambem das tres convenções. Portugal não ratificou ainda nenhuma das convenções. Todavia, já em 1903 o então ministro dos estrangeiros, sr. Wenceslau de Lima, apresentou ao parlamento a 17 de abril uma proposta de lei para a sua approvação, sobre a qual deu parecer favoravel a commissão parlamentar de negocios externos da camara dos deputados a 8 de maio do mesmo anno, a 17 de abril de 1905 renovou a iniciativa da proposta o ex-ministro dos estrangeiros sr. Eduardo Villaça, a qual chegou a ser approvada sem discussão pela camara electiva em sessão de 6 de setembro do mesmo anno, e a 3 de outubro de 1906 tornou a renovar a iniciativa da mesma proposta o actual ministro dos estrangeiros sr. Luis de Magalhães, dando-lhe a sua inteira approvação a commissão de negocios estrangeiros e internacionaes em parecer de 20 do mesmo mês e anno, o que leva a crer que o governo portuguez se não demorará muito mais tempo em fazer a ratificação.

outubro de 1902 a reunião duma quarta conferencia para o outomno de 1903 ; organizou o projecto de programma da conferencia com estas materias = revisão da convenção de processo civil, no intuito de verificar se a experiencia aconselhava algumas modificações no fim do primeiro periodo da sua vigencia (que é de 5 annos, como de resto para as demais convenções) — projecto de convenção sobre successões votado pela terceira conferencia com o projecto transaccional da commissão hollandesa, — effeitos do casamento sobre o estado e capacidade da mulher, sobre os bens dos esposos, e effeitos do divorcio e separação de pessoas, — e tutela dos maiores, = enviou-o aos governos com o pedido de estes lhe remetterem as suas observações a fim de a commissão neerlandesa formar um quadro systematico semelhante ao preparado para a ultima conferencia, que pudesse ser-lhes enviado, como então, em tempo util antes da conferencia.

Os trabalhos preparatorios seguiram em harmonia com o plano indicado pelo governo hollandês, a conferencia foi convocada para a Haya para o dia 16 de maio de 1904, abrindo-a, como de costume, o ministro dos estrangeiros neerlandês, agora *Melvil de Lenden*, sendo confiada a presidencia definitiva a *ASSER*, como se fizera em todas as conferencias anteriores, e estando representados todos os estados que haviam enviado delegados á conferencia de 1900 e bem assim o Japão, que, tendo manifestado o desejo de participar nos trabalhos da conferencia, foi unanimemente admittido a cooperar com os estados europeus. Na segunda sessão, 17 de maio, foram nomeadas cinco commissões para o estudo das materias do programma e a mais uma commissão de redacção, e nas sessões seguintes apreciou a conferencia as materias submittidas ao seu exame, assignando no dia 7 de junho o *Protocollo final*, que encerra — um projecto de convenção relativa ao processo civil, destinado a substituir a convenção de 1896 e o protocollo addicio-

nal de 1897; — um projecto de convenção sobre os conflictos de leis em materia de successões e testamentos, — um projecto de convenção sobre os conflicts de leis relativos aos efeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos esposos nas relações pessoaes e sobre os bens dos esposos, — um projecto de convenção referente á interdicção e ás medidas de protecção analogas, — e um projecto relativo á fallencia¹, e contem dois votos, o primeiro no sentido de o governo hollandês convocar, o mais cedo possivel depois da assignatura da convenção sobre successões e testamentos, uma nova conferencia para o fim especial de preparar o protocollo addicional visado no art. 6.º, § 2.º² da referida convenção e a convenção relativa á competencia e ao processo em materia de successões e testamentos visada no art. 8.º³, e o segundo respeitante á convenção sobre processo civil, e bem assim um pedido ao governo da Haya para que mais uma vez promova a realização dos votos emittidos pela terceira conferencia relativamente ao projecto sobre os efeitos do divorcio e da separação de pessoas e para que attenda a proposta do governo allemão relativa aos efeitos do casamento sobre a legitimidade dos filhos,

¹ O texto deste projecto não é destinado a uma convenção geral, mas apenas a servir de base a convenções singulares entre os estados representados.

² É reservada em cada estado a applicação das suas leis, de natureza imperativa ou prohibitiva, concernentes ás materias que forem indicadas de commum accordo pelos estados contractantes num protocollo addicional, destinado a ser ratificado ao mesmo tempo que a presente convenção.

³ Logo que seja possivel, depois da assignatura da presente convenção, os estados contractantes estabelecerão de commum accordo as regras relativas á competencia e ao processo em materia de successões e de testamentos. A convenção que contiver estas regras será ratificada ao mesmo tempo que a presente convenção.

isto é, para que promova uma nova conferencia em que se estudem esses assumptos ¹.

A quarta conferencia. renovou para o governo hollandês o duplo encargo de negociar a conversão em tratados dos projectos votados e de promover a realização de novas conferencias para continuar a obra da codificação do direito internacional privado. De parte de tão alta missão já aquelle governo se desempenhou, pois já a 17 de julho de 1905 foram assignadas na Haya quatro convenções: a primeira sobre processo civil e destinada a substituir a de 1896, assignada pela Allemanha, França, Hespanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal ², Rumania, Russia e Suecia; a segunda sobre conflictos de leis em materia de successão e testamentos, a terceira sobre conflictos de leis relativos aos effeitos do casamento sobre as relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges, e a quarta sobre interdicção e medidas de protecção analogas, assignadas pelos mesmos estados, menos a Hespanha, o Luxemburgo e a Russia ³.

Os factos apontados, e principalmente a celeboação e resultados das conferencias da Haya, são claro testemunho de que o direito internacional privado tende para a sua uniformização e de que o methodo internacional irá conquistando o campo ao methodo individual. Com effeito, se as infructiferas tentativas de MANCINI e do governo hollandês de 1874 e a inefficacia

¹ *Actes de la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1904; *Documents relatifs à la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1904.

² Na sessão da camara dos deputados de 8 de outubro de 1906 foi apresentado pelo ministro dos estrangeiros sr. Luís de Magalhães a proposta para a approvação das quatro convenções.

³ *R. D. I. Pr. et D. Pen. Int.*, 1905, pagg. 781 e segg.; *R. D. I.*, 1905, pagg. 646 e segg.

final do congresso de Lima, eram de molde a deixar duvidas acerca da probabilidade de vir a realizar-se a codificação geral do direito internacional privado, o congresso de Montevideo e accentuadamente as conferencias da Haya auctorizam um juizo diverso, pois fizeram dar um grande passo para aquella codificação, como bem o patenteiam as circunstancias da sua realização e o alcance scientifico e pratico da sua obra.

Em primeiro logar, as conferencias foram constituídas por delegados da grande maioria dos estados da Europa, pois que na de 1895 estiveram representantes da Allemanha, da Austria, da Belgica, da Dinamarca, da França, da Hespanha, da Hollanda, da Italia, do Luxemburgo, de Portugal, da Rumania, da Russia e da Suissa, na de 1894 estiveram a mais representantes da Suecia e da Noruega, na de 1900 estiveram delegados de todas as potencias representadas na de 1894, e na de 1904 ainda accresceu a representação do Japão, de modo que, dos grandes estados europeus, apenas se abstiveram a Inglaterra e a Turquia, a primeira a pretexto do particularismo das suas instituições e a segunda em razão do regimen excepcional das suas relações juridicas com os outros estados, e dos estados extra-europeus já concorreu uma potencia assinaladamente progressiva e com que a humanidade deve contar no futuro do seu desenvolvimento.

Depois, foi com o concurso de representantes de todos aquelles estados que as conferencias desinvolveram uma acção verdadeiramente progressiva não só na complexidade dos problemas que estudaram, mas até na fórmula dada ás suas conclusões. Respeitando a independencia legislativa dos estados, procuraram as conferencias conciliar a competencia das diversas leis nas principaes hypotheses de conflictos, como bem o mostra o resumo acima feito, e no Protocollo final de 1900 começaram a dar ás suas conclusões a forma de projectos de tratados, o

que de certo facilita o trabalho posterior da conclusão dos mesmos tratados. Esta *evolução formal* foi sobretudo logica. As conferencias começaram naturalmente por procurar soluções justas, para as submeterem á critica, para as reverem e emendarem depois desse novo processo de estudo e apreciação, e para afinal as offerecerem aos estados como meio de estabelecer a unidade na resolução dos conflictos das leis.

É ainda de notar a preferencia dada pelas conferencias á regulamentação directa das materias em que a necessidade de unificação mais se fazia sentir, em vez de começarem pela fixação de principios geraes de direito internacional privado. «Ainda aqui, nota PILLET, o partido tomado deve ser approved. A emissão de principios pertence á doutrina. Um tratado ou uma lei devem primariamente dar satisfação ás necessidades praticas reveladas pelo commercio internacional. É o caracteristico da sua acção. Sem duvida que esta obra devé apoiar-se em principios justos e solidos, mas não é seu fim promulgá-los: ás necessidades quotidianas da interpretação basta que elles transpareçam sufficientemente das résoluções adoptadas». Procedendo assim, revestiram as conferencias de logo um character mais pratico e approximaram-se mais depressa do seu fim. Os resultados de tão acertado procedimento mostram-nos visivelmente as convenções já concluídas e ratificadas, que relativamente depressa vieram uniformizar regras de direito internacional privado nas relações dos estados contractantes.

A significação e valor das conferencias da Haya torna-se assim bem evidente. A sua reunião foi o producto da tendencia para unificar o direito internacional, a sua obra mostrou a possibilidade de chegar a accordo entre os estados sobre questões importantes, e as convenções celebradas sobre as suas conclusões começam o trabalho de codificação geral do direito internacional privado e legitimam a esperanza de que esse tra-

balho continuará até ao estabelecimento dum regimen uniforme de coordenação das leis privadas dos differentes países. Em synthese, as conferencias da Haya representam um successo do methodo internacional sobre o methodo legislativo, e indicam o destino evolutivo dos dois methodos, que será a substituição progressiva do segundo pelo primeiro, de modo que, por fim, o methodo internacional domine toda a organização do direito internacional privado. Para o mesmo resultado concorrerá ainda a realização pratica da resolução da conferencia do Mexico de 1902 respeitante á organização dum código de direito internacional privado destinado a regular as relações inter-americanas de ordem privada.

O methodo individual representa em verdade uma phase transitoria na constituição do direito regulador da sociedade internacional de ordem privada, destinado a desaparecer quando o trabalho scientifico e a acção diplomatica possam conduzir os estados a um accordo geral sobre todos os problemas da nossa sciencia. Até á realização de tão largo ideal, desempenhará, porém, aquelle methodo uma funcção util e necessaria, assim descripta por JITTA: «Ao methodo individual pertence desinvolver os germens do direito internacional privado que se encontram nas legislações positivas, estudando a natureza das relações juridicas e as differentes faces que ellas podem apresentar sob o ponto de vista individual. Graças ao seu valor pratico, o methodo individual approximarás as legislações umas das outras, approximando-as todas da perfeição. Desta maneira, o numero dos elementos communs crescerá cada vez mais e o methodo internacional se aproveitará delles para os transformar na base dum direito privado fundado na convicção juridica commum dos estados»¹.

¹ *Ob. cit.*, pag. 457.

§ V

A uniformização do direito internacional privado
e a *theoria da devolução* ¹

SUMMARIO : — 61. O methodo legislativo e o apparecimento da questão da devolução. Significado e termos desta questão. A *theoria da devolução* e a *theoria tradicional*. — 62. A questão da devolução como questão de interpretação de preceitos legislativos sobre direito internacional privado. — 63. A questão da devolução como uma questão de competencia legislativa em materia de direito internacional privado. Systemas de FIORE e WESTLAKE. Critica. — 64. A *theoria da devolução* na jurisprudencia, nas legislações e na convenção da Haya, sobre casamento, de 12 de junho de 1902. Appreciação. — 65. Meio de evitar a questão da devolução no regimen do methodo internacional.

61. A uniformização progressiva do direito internacional privado pela sua constituição segundo as bases do methodo

¹ Entre os auctores favoraveis á *theoria da devolução*, vide: VON BAR, *ob. cit.*, § 94; BROCHER, *Droit int. privé*, I, pag. 167; WEISS, *Manuel*, pag. 367, e *Traité*, tom. cit., pagg. 77 e segg.; FIORI, *Le droit international privé*, III, pagg. 486 e segg.; WESTLAKE, *Annuaire de l'Institut*, 1900, pag. 35, etc. Entre os adversarios, vide: BATE, *Notes on the doctrine of renvoi in private international law*, London, 1904; DICEY, *ob. cit.*, pag. 77; MEILI, *ob. cit.*, pag. 132; ANZILOTTI, *ob. cit.*, pagg. 193 e segg.; LABRÉ, *J. D. I. P.*, 1885, pagg. 5 e segg.; BARTIN, *Études de droit int. privé*, Paris, 1899, pagg. 83 e segg.; LAINÉ, *J. D. I. P.*, 1894, pag. 248; e *R. D. I. Pr. et Dir. Pen. Int.*, 1906, pag. 605 e segg.; BUZZATI, *Il rinvionel diritto int. privato*, Milano, 1898; PILLET, *Principes*, pagg. 155 e segg.; e *Droit international privé*, pagg. 238 e segg.; LIGEOIX, *J. D. I. P.*, 1903, pagg. 481 e segg., e 1904, pagg. 551 e segg.; REGNAULT, *Le mariage*, Paris, 1903, pagg. 397 e segg.; VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits des lois*, Paris, 1905, pag. 597, e *J. D. I. P.*, 1905, pagg. 1231 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Das successões no direito internacional privado*, pag. 128; etc.

internacional virá eliminar uma difficuldade proveniente da *nacionalização* do mesmo direito e da frequente divergencia das *definições locais* dos seus preceitos, difficuldade conhecida na sciencia pelas expressões — *conflictos de leis de direito internacional privado*, questão do *renvoi*, questão *del rinvio*, etc., que podemos chamar questão da *devolução*, e que apparece sempre que duas legislações, ao definir principios de direito internacional privado, mandam regular a mesma relação juridica por leis differentes, o que se dá, por exemplo, quando uma manda regular o estado e a capacidade das pessoas pela lei do domicilio, o que acontece na Dinamarca, e outra os manda regular pela lei nacional, como succede entre nós.

O melindre e alcance de semelhante difficuldade mede-se bem attendendo á situação dum tribunal perante uma causa á qual, segundo a *lex fori*, deva applicar uma lei estrangeira e, segundo esta lei, deva applicar a *lex fori* ou a lei dum terceiro estado. Assim, se num tribunal portugûes se discutir uma questão de capacidade dum individuo domiciliado em Portugal mas nacional dum pais cujas leis mandem regular o estado e a capacidade das pessoas pela lei do domicilio, o tribunal, em harmonia com o art. 27.º do codigo civil portugûes, deve applicar a lei nacional do interessado e, segundo esta lei, teria de applicar a lei portuguesa.

Tal é a questão creada pela pratica do methodo individual na constituição do direito internacional privado, a qual nos conduz naturalmente a uma dupla investigação — a) como deve ser resolvida no regimen actual geral do methodo individual, b) e como pode ser evitada no regimen do methodo internacional.

a) A divergencia das legislações na determinação dos preceitos do direito internacional privado conduziu naturalmente á questão: se o direito dum determinado pais manda regular uma dada ordem de relações juridicas pelas leis estrangeiras,

por exemplo, se manda regular a successão pela lei nacional do auctor da herança, e se nesta lei ha por sua vez um preceito de direito internacional privado que manda regular a successão pela lei do domicilio, o tribunal chamado a applicar a lei estrangeira deverá applicar esta lei nas suas disposições de *direito interno*, isto é, no nosso caso, nas disposições relativas á legítimas, herdeiros successiveis, direito de representação, etc., ou nas suas disposições de *direito internacional privado*, isto é, nas disposições relativas á resolução dos conflictos das leis ?

Tem sido dada a esta questão pela jurisprudencia e pela doutrina uma dupla solução. Alguns tribunaes e alguns internacionalistas decidiram-se pela applicação das disposições de direito internacional privado, creando a *theoria da devolução*, assim chamada pelo facto de, *remettido* o juiz pela *lex fori* para uma lei estrangeira, esta, o *devolver* para a mesma *lex fori* ou para a lei dum terceiro estado. Outros tribunaes e outros internacionalistas continuam a seguir a *theoria tradicional*, resolvendo se pela applicação das disposições do direito interno, e a *theoria da devolução* deu logar á *questão da devolução*, que, posta pela primeira vez em termos precisos por LABBÉ em 1885 ¹, occupou rapidamente, pela sua importancia doutrinal, um dos primeiros logares entre as questões na ordem do dia do direito internacional privado.

62. Na sua evolução doutrinal, atravessou a questão da *devolução* duas phases características, sendo considerada na primeira phase como simples *questão de interpretação* dos preceitos da *lex fori* no intento de determinar se esta, remettendo para uma lei estrangeira, se refere á *lei interna estrangeira* ou

¹ *J. D. I. P.*, 1885, pagg. 5 e segg.

à *lei estrangeira de conflictos*, e intendendo-se na segunda phase como *questão de competencia* do legislador em materia de direito internacional privado, no intuito de verificar em que *qualidade* cada legislador formula os preceitos daquelle direito e qual a *natureza* e *força obrigatoria* destes preceitos.

I. Na primeira phase foi a theoria da *devolução* baseada pelos seus partidarios em fundamentos pouco seguros, tornando-se facil aos seus adversarios fazer viingar a doutrina da referencia pela *lex fori* à lei interna estrangeira. Esses fundamentos eram dois :

1.º) A devolução assegura a identidade dos julgamentos proferidos sobre o mesmo litigio em differentes estados, e garante em país estrangeiro o *exequatur* dos julgamentos pronunciados em questões de direito internacional privado, pois, se o tribunal, remetido pela *lex fori*, numa questão de capacidade por exemplo, para uma lei estrangeira, applicar, não as disposições de direito interno desta lei, mas as disposições duma terceira lei por ella indicada, o seu julgamento será identico ao que em caso semelhante proferiria um tribunal do país para a lei do qual remette a *lex fori*, e terá ahi assegurado o *exequatur* por applicar a lei competente segundo a regra de conflictos ahi vigente. Assim, sendo a idade legal para contrair matrimonio de 14 annos para os homens e 12 annos para as mulheres, segundo a lei portuguesa, e de 20 e 16, segundo a lei dinamarquesa, e mandando a regra de conflictos estabelecida no direito português regular a capacidade matrimonial pela lei nacional dos esposos e a estabelecida no direito dinamarquês pela lei do seu domicilio, se um tribunal português, chamado a conhecer da capacidade matrimonial dum dinamarquês domiciliado em Portugal, remetido, como é, pelo artigo 27.º do codigo civil, para o direito dinamarquês, applicar a lei indicada por este direito, isto é, a lei do domicilio, e, no caso sujeito, a lei portuguesa, julgará como julgaria um tribunal dinamar-

quês, e a sentença será naturalmente executada na Dinamarca.

2.º) A devolução traduz a realização do pensamento do legislador, pois, quando este estatue que uma determinada relação jurídica deve ser regulada por uma lei estrangeira, quer racionalmente que esta seja applicada na sua integralidade, e portanto ainda nas suas disposições de direito internacional privado que remetam para a applicação do direito interno dum outro estado.

Nenhum destes argumentos pôde, porém, resistir a uma critica profunda. A identidade de julgamentos, como vantagem da theoria da devolução, não passava duma illusão provinda duma inconsequencia na comprehensão e applicação daquella theoria. Com effeito, se o tribunal dum país deve entender os preceitos da *lex fori* sobre conflictos no sentido da devolução e se a theoria é verdadeira, tambem os tribunaes dos outros países assim devem interpretar as regras de conflicts do seu direito, e os julgamentos, em vez de identicos, serão divergentes. Assim, se no caso acima apontado, o tribunal português deve seguir a doutrina da devolução e declarar valido o casamento dum dinamarquês domiciliado em Portugal e aqui casado aos quinze annos, applicando a lei portuguesa como lei do domicilio, tambem um tribunal dinamarquês perante o qual seja discutida a mesma questão deve seguir o mesmo principio e portanto applicar a lei portuguesa, que é a lei do domicilio, não nas disposições de direito interno, mas nas disposições de direito internacional privado, que remettem para a lei nacional, na hypothese para a lei dinamarquesa, e portanto declarar nullo o casamento por falta de idade legal segundo esta lei. A logica da devolução leva deste modo á divergencia de julgados que se pretendia evitar. É que a theoria da devolução é impotente para conduzir á uniformidade no meio das divergencias das legislações sobre direito internacional privado.

A garantia de *exequatur* não offerece apoio mais firme á theoria da devolução. É certo que, se o tribunal sentenciador applicar uma regra de conflictos semelhante á estabelecida pelo direito do país do tribunal a que se pede o *exequatur*, será isso um meio de facilitar o mesmo *exequatur*. Mas, semelhante circumstancia de modo algum justifica a devolução, antes a condemna. Em primeiro lugar, o juiz sentenciador não pode saber onde a sentença virá a ser executada e porisso também não pode, para o effeito de assegurar o *exequatur*, determinar a regra de conflictos que ha de preferir á estabelecida pela *lex fori*. Em verdade, todas as sentenças que não digam respeito ao regimen da propriedade dos immoveis, como são as referentes ao estado e capacidade das pessoas, á tutela, á successão, á fallencia, ás obrigações, etc., podem ser executadas em diversos países, não sendo possível determinar um país de principal ou de exclusiva execução, e as referentes ao regimen juridico dos immoveis só podem ser proferidas pelos tribunales do país da situação desses bens e portanto não ha lugar a pedir para ellas o *exequatur*, o que mostra claramente que o juiz, porque são diversas as regras de conflictos onde a sentença pode ser executada, não tem criterio algum para, com o destino de assegurar o *exequatur*, determinar o principio de conflictos que deverá antepor á *lex fori*. Depois, ainda mesmo que fosse possível determinar um país de principal execução, nem porisso se tornaria mais accetavel a theoria da devolução como processo de garantir o *exequatur* dos julgamentos, pois se o juiz do país A, no intuito de assegurar o *exequatur* no país B, devesse applicar a regra de conflictos vigente neste ultimo país, á seu turno os juizes do país B, quando fossem elles os primeiros a conhecer da questão, deveriam applicar as regras de conflictos vigentes em A, o que daria sobre o mesmo litigio soluções differentes, embora em sentido opposto á diffe-

rença que haveria se cada tribunal applicasse sempre a regra de conflictos da *lex fori*.

Não tem mais valor a razão derivada da pretendida vontade do legislador ácerca da applicação integral da lei estrangeira quando por ella manda regular as relações jurídicas. Duas simples considerações o mostram a toda a evidencia. Primeiro, se o legislador manda applicar a lei estrangeira, não admite por certo a possibilidade de ainda ser applicada a lei nacional, o que viria a acontecer com a theoria da devolução quando a regra de conflictos estrangeira remette para a *lex fori*. Se invoca a lei estrangeira, é evidentemente nas disposições em que é diferente da sua, por intender que essas disposições regulam melhor determinadas relações jurídicas. A não ser portanto que, na remissão para as leis estrangeiras, haja referencia expressa aos preceitos dessas leis sobre direito internacional privado, a presumpção natural é que a remissão é feita para os preceitos de direito interno dessas leis. Depois, se a lei estrangeira para que remette a *lex fori* deve ser applicada na sua integralidade, na sua integralidade deve ser applicada tambem a lei indicada pela lei estrangeira, o que produz um circulo vicioso irreductivel. Assim, se, numa questão de capacidade dum estrangeiro domiciliado no país do tribunal, a *lex fori* remette para a sua lei nacional e nesta ha uma regra de conflictos em materia de capacidade que remette para a lei do domicilio, a applicação integral da lei nacional devolve para a lei do domicilio, e a applicação integral da lei do domicilio devolve para a lei nacional, e o juiz não poderá sair do circulo, desde que se conserve na logica da theoria da devolução. Só poderia sair, commettendo o illogismo commodo de admittir com WEISS¹ que, emquanto a *lex fori*

¹ *Traité théorique et pratique, etc.*, tom. III, pag. 80.

remette para a regra de conflictos estrangeira, esta remette para as disposições de direito interno da lei que indica, por exemplo, da lei do domicilio.

A theoria da devolução é, pois, insustentavel como principio de interpretação dos preceitos da *lex fori* que remetem para as leis estrangeiras. As regras de conflictos, quer mandem resolvê-los pela applicação da *lex fori*, quer ordenem a applicação das leis estrangeiras, devem interpretar-se sempre do mesmo modo, e porisso sempre se deve intender que o legislador se refere ás disposições de direito interno e não ás de direito internacional privado, desde que ninguem admitte que, quando o legislador manda resolver o conflicto pela applicação da *lex fori*, elle queira referir-se ás disposições desta lei sobre direito internacional privado,

63. II. COIN VON BAR, WEISS, FIORE, BARTIN, LAINÉ, WESTLAKE, ANZILOTTI, LIGEIX e outros, a questão da devolução assumiu um novo aspecto e tornou-se objecto duma discussão verdadeiramente scientifica. Tornou-se uma questão de *competencia* do legislador em materia de direito internacional privado, tendente a resolver em que qualidade o legislador formula os preceitos desse direito e qual o valor e alcance dos mesmos preceitos.

Nesta segunda phase da questão, o principio da devolução, ou pelo menos um principio que conduz ao mesmo resultado, é defendido por FIORE e WESTLAKE em dois systemas caracteristicos e typicos sobre o modo de intender os preceitos de direito internacional privado consagrados pelas legislações nacionaes.

Os dois systemas, embora differentes nos fundamentos e no processo logico de derivar as conclusões, assentam sobre uma base commum — a identidade de natureza entre as regras de direito interno e de direito internacional privado, e chegam a

um resultado semelhante — a applicação da lei estrangeira nas suas disposições sobre conflictos de direito internacional privado.

FIGURE, intitulado legitimamente a questão — *conflictos entre as disposições legislativas de direito internacional privado*, começa por afirmar que, para bem a resolver, é necessario determinar a natureza e o caracter das disposições do direito positivo de cada estado sobre direito internacional privado. Ora, para o auctor, as regras de direito internacional formuladas por cada estado *não são verdadeiras regras internacionaes*, pois, para o serem, deveriam resultar do accordo commum dos estados, *mas regras de direito interno*, sem outro effeito que não seja indicar ao juiz territorial a lei que deve reger as questões submittidas á sua decisão. E, sendo assim, a questão entra no dominio de todas as questões relativas á autonomia das leis internas em conflicto com as leis estrangeiras, que são questões de competencia legislativa, isto é, questões que se cifram em determinar quaes são as leis de competencia *territorial*, ou leis obrigatorias para todos os individuos que se encontrem dentro do territorio do estado, e quaes as leis de competencia *pessoal*, ou leis que acompanham os individuos onde quer que elles se encontrem. Ainda para o mesmo auctor, a competencia legislativa territorial abrange as coisas e a sua condição juridica, os direitos do estado e da sociedade e a segurança dos individuos, e a competencia legislativa pessoal compreende os preceitos relativos ás pessoas e aos actos juridicos que têm por base as relações pessoas e as relações de familia. Para organizar a propriedade, a protecção dos direitos do estado e da sociedade e a segurança dos individuos, *só o legislador local é competente*, e portanto os preceitos de direito internacional privado que determinam a auctoridade das leis sobre taes assumptos têm uma força absoluta e exclusiva para os tribunaes, quaesquer que sejam as regras de conflictos formuladas pelos outros estados. Para organizar a protecção das

peçoas e as relações de familia, é racionalmente competente o legislador do país de que os individuos são nacionaes, e porisso as regras de conflictos que respeitam áquella protecção ou relações devem ceder ás regras parallelas do estado a que pertençam os individuos, pois que esse estado é o mais qualificado para determinar a lei pessoal dos seus nacionaes. Assim, se o legislador portugûes, por exemplo, manda regular o estado e a capacidade dum inglês domiciliado em Portugal pela lei inglesa, e esta por sua vez os manda regular pela lei do domicilio e portanto pela lei portuguesa, o legislador inglês é o mais qualificado para organizar a protecção dos seus nacionaes e porisso o juiz portugûes deverá applicar a lei indicada pelo direito inglês.

Em summa, os preceitos duma legislação nacional sobre direito internacional privado são regras de direito interno, que entram no estatuto *real* ou no estatuto *pessoal* segundo a ordem de relações a que respeitam, devendo as do primeiro grupo ser de applicação obrigatoria para os tribunaes como leis de ordem publica e as do segundo ter a sua applicação dependente da indicação das regras de conflictos estrangeiras referentes ao estatuto pessoal. É a devolução limitada ás leis de protecção pessoal, com um aspecto scientifico que em breve apreciaremos.

WESTLAKE, que na sessão do Instituto de direito internacional de 1898 rejeitara a theoria da devolução para quasi todas as hypotheses, declarou admittí-la em toda a sua extensão na sessão de 1900.

Conduziu-o á sua nova opinião o seguinte raciocinio: 1.º) Não se pode scindir a législação em direito interno e direito internacional. Uma législação nacional que se não baseia num principio de direito internacional é incompreensivel. O direito internacional privado não é um complemento da législação nacional, identifica-se inteiramente com ella. Se um legislador

formula as duas regras — *a*) a capacidade de testar adquire-se aos 21 annos, *b*) a capacidade das pessoas é regulada pela lei do seu domicilio, — sem a regra *b*) a regra *a*) não tem sentido, já que não pode saber-se quem são as pessoas que adquirem a capacidade de testar aos 21 annos, tornando-se porisso necessario dizer, por exemplo, se são os *nacionaes* ou os *domiciliados* a quem a lei confere aos 21 annos aquella capacidade.

2.º) Fixado o sentido do principio de direito interno por um principio de direito internacional privado, attribuindo-se por exemplo, a capacidade de testar aos 21 annos aos *domiciliados*, como faz a Dinamarca, fica dado o primeiro passo na função legislativa. Os domiciliados no estado legislador, no nosso caso a Dinamarca, são os que adquirem a capacidade de testar naquella idade.

3.º) Mas, dois passos devem ainda ser dados para a hypothese de um nacional do estado legislador estar domiciliado em país estrangeiro. Em geral, o legislador considerará normal para os outros legisladores o que é normal para elle e determinará naturalmente que os seus juizes reconheçam ás pessoas domiciliadas no estrangeiro a capacidade ou a incapacidade de testar reconhecida pela lei do domicilio. Pode, porém, ainda verificar-se um dos dois casos — α) de o nacional do estado legislador estar domiciliado num estado que tenha do direito internacional privado uma concepção semelhante á sua, siga o principio do domicilio, e portanto tenha uma lei sobre o estado e capacidade dos domiciliados, como acontece com a Inglaterra, β) ou de ter o domicilio num estado de conceites differentes sobre a lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, como succede com Portugal, que segue o principio da lei nacional. No primeiro caso, a solução é facil. applica-se a lei do domicilio, que é lei normal para o estado legislador e para o estado do domicilio, e está dado o segundo passo. No segundo caso, porém, não ha no estado do domicilio uma lei para os domiciliados, já que a lei normal

do estado e da capacidade é a lei nacional, e porisso o juiz dinamarquês não encontra uma lei normalmente competente para resolver a questão. A lei dinamarquesa não, porque essa é para os domiciliados na Dinamarca, a portuguesa também não, porque essa é para os de nacionalidade portuguesa. Abre-se assim um conflicto negativo entre as duas leis que importa resolver, para dar o ultimo passo na função legislativa e habilitar o tribunal a tomar uma deliberação, o que se consegue applicando, á falta doutra, a lei normal local como lei subsidiaria, e portanto applicando os tribunaes dinamarqueses a lei da Dinamarca e os tribunaes de Portugal a lei portuguesa, quando sejam elles os que tenham de julgar, já que o juiz dinamarquês não encontra em Portugal uma lei reguladora do estado e capacidade dos domiciliados, e o juiz português, indo applicar a lei da Dinamarca, verifica que esta é para os domiciliados no país e não para os domiciliados no estrangeiro.

O mesmo raciocinio generalizado leva á conclusão de que o conflicto entre disposições legislativas de direito internacional privado representa uma attitude negativa dos legisladores perante uma dada ralação juridica que fique fóra da normalidade por elles regulada ou presumida, attitude que envolve a necessidade de recorrer a uma lei subsidiaria, que deve ser em cada estado a por elle considerada lei normal, isto é, a *lex fori*.

É a devolução sem devolução, a titulo de resolver um conflicto negativo entre preceitos de direito internacional privado. Faltando outra lei para resolver a questão, o tribunal deverá, não havendo indicação expressa em contrario, considerar a applicação da *lex fori* como a expressão da vontade provavel do legislador.

Que valor attribuir aos systemas de FIORE e de WESTLAKE?

A nosso ver, não é mais que apparente o valor scientifico de ambos os systemas.

A doutrina de FIORE apoia-se numa base falsa que vicia toda a construcção do seu systema. O auctor considera regras de direito interno os preceitos do direito internacional privado pela razão de ellas não resultarem do accordo geral dos estados e serem formuladas por um legislador isoladamente. É confundir evidentemente duas funcções differentes, exercidas é verdade por um mesmo orgão, mas numa qualidade differente. É o estado que ao mesmo tempo formula os preceitos do direito interno e quasi sempre estatue os principios do direito internacional privado. Mas, no primeiro caso, é orgão normal da sociedade nacional para determinar as regras juridicas da conducta dos individuos dentro dessa sociedade, e no segundo é *transitoriamente* orgão da sociedade internacional, definindo principios disciplinadores das relações internacionaes de ordem privada. Como orgão da sociedade nacional, estabelece os preceitos reguladores da actividade dos seus nacionaes, isto é, daquelles individuos que normalmente se encontram dentro da sua esphera jurisdiccional; como orgão da sociedade internacional, segundo já acima deixamos dicto ¹, define principios, como a seu ver os definiria a commuidade dos estados, de coordenação das soberanias das differentes nações na esphera dos interesses privados e, designadamente, demarca os limites de applicação das leis das differentes nações na sua concurrencia internacional para garantir efficazmente as relações privadas que a vida internacional produza ou faça reflectir no dominio da sua soberania. E os principios formulados por cada estado como orgão da sociedade internacional são, como tambem já notamos, rigorosamente imperativos e de applicação obrigatoria pelos tribunaes desse estado. «Um direito internacional, escreve LIEGEOIX, é por sua natureza unico: se as escolas in-

¹ Supra, pag. 216 e segg.

tendem diversamente o direito internacional privado, se não ha uma organização superior para sancionar uma das doutrinas admittidas, o legislador interno escolhe e os principios que elle consagra devem ser considerados pelos seus magistrados como o direito internacional. Toda a disposição contraria existente nas legislações estrangeiras deve ser considerada como contraria a este ultimo direito; os juizes devem vê-lo concretizado dum modo exclusivo na obra do seu legislador, á qual devem dar um valor absoluto, não admittindo nenhuma limitação, nenhuma derogação»¹.

Não ha, portanto, que distinguir entre preceitos de direito internacional privado *territoriaes* e principios de direito internacional privado *pessoaes*. Todos são territoriaes e todos são igualmente obrigatorios para os juizes. Interpretando do modo que lhe parece melhor as necessidades da vida internacional no que respeita á protecção das pessoas, declara cada estado como lei internacional a lei mais propria para organizar aquella protecção e essa lei deve ser considerada pelos juizes como a expressão verdadeira do direito internacional e portanto a unica legitimamente applicavel.

Nunca é, por fim, legitima a devolução, por contraria á missão do estado em face da sociedade internacional como declarador dos preceitos do direito internacional privado, e por incompativel com a natureza de preceitos de ordem publica das regras de conflictos consagradas por cada estado.

É, pois, sempre para as disposições de direito interno das leis estrangeiras que deve entender-se a remissão da *lex fori* para essas leis, quando por ellas mande regular as relações juridicas.

Os principios postos habilitam-nos a julgar o systema de

¹ *J. D. I. P.*, 1904, pag. 661.

WESTLAKE. Em nome desses principios podemos affirmar que 1.º) nem o direito internacional privado se identifica com o direito interno, 2.º) nem se dá o conflicto negativo imaginado pelo auctor.

1.º) Antes de mais, o direito internacional privado é uma criação recente, os seus principios remontam apenas á idade media, e «então, pergunta BUZZATI, pode dizer-se que, sem a lei de competencia, a lei material é incompreensivel? Depois, o legislador, ao formular o direito interno, regula as relações privadas dos seus nacionaes fóra de toda a consideração de direito internacional privado. Apenas procura determinar a condição das pessoas e das coisas normalmente sujeitas ao seu imperio. É só quando se colloca num ponto de vista diferente, se considera membro da comunidade internacional e attenta nas relações dos seus nacionaes com os estrangeiros e na hypothese de um nacional se encontrar no estrangeiro ou dum estrangeiro se encontrar no país, que pensa na determinação dos limites da applicação das suas leis e das leis estrangeiras e formula principios de direito internacional privado, não para organizar a condição juridica de pessoas ou coisas, mas para dizer como intende o direito regulador das relações privadas internacionaes e como quer que elle seja applicado dentro do seu territorio. É assim patente a differença entre um direito interno que define situações juridicas para as pessoas e cousas normalmente sujeitas ao legislador e o direito internacional privado que delimita competencias legislativas para a regulamentação das relações entre pessoas ou referentes a coisas que possam determinar a concorrencia das leis de diferentes países.

2.º) O conflicto negativo não passa duma engenhosa invenção. Legislando sobre direito internacional privado, é cada estado representante da sociedade das nações, a sua definição local é considerada como a expressão verdadeira do direito

internacional, o conflicto é frisantemente positivo, e só pode ser resolvido pela applicação em cada estado dos principios definidos pelo legislador local, como regras de ordem publica com que é delimitada a competencia reciproca das diversas legislações.

A theoria da devolução é, em conclusão, contradictada pela natureza mesma do direito internacional privado, e porisso deve ser rejeitada quer como simples processo de interpretação quer como meio de precisar a competencia legislativa na declaração daquelle direito. E contraria a semelhante theoria é ainda a tendencia geral da doutrina, como bem o mostra a resolução do Instituto de direito internacional na sessão de Neuchatel de 1900, concebida nestes termos: «Quando a lei dum estado regule um conflicto de leis em materia de direito privado, é desejavel que designe a disposição mesma que deve ser applicada a cada especie e não a disposição da lei estrangeira sobre o conflicto de que se trata»¹.

64. A theoria da devolução tem sido largamente consagrada pela jurisprudencia de diversos países, podendo BUZZATI verificar em 1898 a applicação frequente da theoria pelos tribunaes franceses, belgas e allemães e a sua applicação constante, em materia de successão mobiliaria, pelos tribunaes ingleses, norte-americanos e indianos e, em todos os casos, pelos tribunaes do gran-ducado de Baden. Comtudo, a consagração pelos tribunaes da theoria que julgamos insustentavel perante os principios scientificos, nem é geral, pois apparecem na jurisprudencia dos diversos países bastantes julgados claramente contrarios á devolução², nem tem o valor que á primeira vista

¹ *Annuaire de l'Institut*, tom. XVIII, pag. 79.

² LAINÉ, na *R. cit.*, pag. 614; VABRES, *ob. cit.*, pag. 600.

podia attribuir-se-lhe, porisso que, em todos os casos em que os tribunaes tẽem acceitado a devolução, tẽem-no feito para applicar a *lex fori*, o que representa o resultado da tendencia erronea para preferir em todas as materias a lei do país do tribunal e levou PILLET a dizer que poderia perguntar-se se a devolução é admittida por convicção juridica ou por commoidade pratica. Semelhante circumstancia diminue certamente o valor doutrinal da jurisprudencia e legitima o pensamento de BARTIN de que vale mais uma boa razão do que um grande cortejo de sentenças.

Ainda a theoria da devolução tem sido reconhecida em maior ou menor extensão pelas legislações suissa, hungara, allemã e japonesa, bẽem como pela convenção da Haya de 12 de junho de 1902 sobre conflictos de leis em materia de casamento. Mas da analyse mesma das legislações que consagram a devolução, bẽem como da razão e alcance da resolução das conferencias da Haya e da convenção de 1902, resulta que ella tende a tornar-se uma excepção de valor muito limitado ou a converter-se num expediente pratico para aplanar as difficuldades que se oppõem ao accordo dos estados para o estabelecimento de principios de direito internacional privado.

A primeira lei que consagrou a devolução foi o codigo civil do cantão de Zurich de 1854, imitado pelos codigos dos cantões de Zug de 1861 e de Schaffhausen de 1864 e pelo novo codigo de Zurich de 1887, que, nos §§ 1.º, 2.º e 3.º, a reconheceu em materia de estatuto pessoal, pois, sujeitando em geral os estrangeiros ao direito local, lhes mandou comtudo applicar a lei da sua patria, *se assim fosse disposto pela lei do estado a que elles pertencessem*.

Ainda em materia de estatuto pessoal, mas limitada ao casamento e ao divorcio, é sancionada a devolução pela lei federal suissa de 27 de dezembro de 1874, artt. 37.º e 56.º, os quaes determinam que não pode ser celebrado na Suissa o

casamento dum estrangeiro nem ahi pode ser admittida acção alguma de divorcio ou de nullidade de casamento entre estrangeiro emquanto se não apresentar uma declaração da auctoridade estrangeira competente de que o casamento será por ella reconhecido com todos os effeitos legaes ou emquanto se não provar que o estado a que pertencem os conjuges reconhecerá o julgamento que for pronunciado, isto é, mandam observar os principios de direito internacional privado consagrados pela lei nacional dos conjuges em materia de casamento e divorcio.

Depois da lei suissa, admittiu tambem a devolução e quasi nos mesmos termos a lei hungara sobre o casamento de 18 de dezembro de 1894, que no artigo 108.º determinou que a capacidade matrimonial será apreciada pela lei nacional dos conjuges, a não ser que a mesma lei nacional prescreva a applicação doutra lei, e no artigo 116.º acrescentou que os tribunaes hungaros só podem conhecer das acções matrimoniaes entre estrangeiros quando os seus julgamentos sejam executorios no estado de que os conjuges sejam nacionaes. É claramente a applicação da theoria da devolução á determinação das condições de validade do casamento e da competencia dos tribunaes locaes em relação ás acções matrimoniaes entre estrangeiros.

Uma nova consagração da theoria se encontra na lei de introdução do codigo civil allemão de 1896, que começou a vigorar em 1 de janeiro de 1900. Segundo o artigo 27.º dessa lei, «se, em harmonia com o direito dum estado estrangeiro cujas leis foram declaradas applicaveis pelos artigos 7.º, alinea 1 (capacidade juridica), 13.º, alinea 1 (capacidade matrimonial), 15.º, alinea 2 (regimen legal dos bens dos conjuges), 17.º, alinea 1 (lei reguladora do divorcio) e 25.º (regimen das successões), forem applicaveis as leis allemãs, devem estas ser applicadas. Ainda a devolução para determinadas manifestações do estatuto pessoal.

Disposição semelhante se lê no art. 29.º da lei japonesa de 15 de junho de 1898, onde se diz: «Quando a lei nacional duma pessoa é declarada applicavel, se, segundo o direito do seu país, lhe devem ser applicadas as leis do Japão, applicar-se-ão estas ultimas leis¹.

As conferencias da Haya de 1893, 1894 e 1900 e a primeira convenção de 12 de junho de 1902 acceitaram a lei nacional como lei reguladora da capacidade matrimonial, encontrando-se nos protocollos finaes das tres conferencias e no artigo 1.º da convenção a regra — «o direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros esposos». Mas já no protocollo de 1893 se acrescentava á regra esta restricção — «a não ser que esta lei (a nacional) se refira á lei do domicilio ou á lei do lugar da celebração», restricção que passou para o protocollo de 1894 nestes termos — «salvo o ter em consideração a lei do domicilio ou a lei do lugar da celebração, se a lei nacional o permittir», appareceu no protocollo de 1900 com esta forma — «a não ser que uma disposição desta lei se refira expressamente a uma outra lei», e entrou na convenção com a fórmula que lhe foi dada em 1900. É a devolução reconhecida num tratado geral.

Apreciando as disposições apontadas, nota-se que a theoria da devolução está longe duma consagração legislativa plena. Os codigos suissos apenas admittem a devolução para o effeito de fazer prevalecer a lei nacional dos interessados. Não reconhecem a remissão para outras leis. A lei federal suissa de 1874 limita-a ao casamento e ao divorcio. A lei hungara restringe-a á capacidade matrimonial e ás acções matrimoniaes.

A lei allemã e a lei japonesa circumscrevem-a certas instituições do estatuto pessoal e só a acceitam quando a lei nacio-

¹ *J. D. I. P.*, 1901, pag. 639.

nal remetta respectivamente para as leis allemãs ou japonesas, o que mostra que semelhantes leis são, nessa parte, mais um producto da velha tendencia para a territorialidade, do que um resultado da pura doutrina da devolução. As conferencias da Haya rejeitaram pela maioria dos seus membros a theoria da devolução como principio geral do direito internacional privado e apenas a reconheceram, como expressamente dizem RENAULT e ASSER, o primeiro no relatorio da commissão da conferencia de 1900 sobre o casamento e o segundo numa pequena communicação sobre aquella theoria¹, para facilitar o alargamento do direito convencional a um maior numero de estados, conseguindo que a convenção sobre casamento fosse assignada tambem pelos estados que adoptem a lei do domicilio como lei reguladora da capacidade matrimonial, e a convenção, como ainda se diz no relatorio de RENAULT, admite a devolução pela lei nacional para uma outra lei simplesmente para o effeito de assegurar a validade do casamento celebrado em harmonia com a lei do domicilio ou do lugar da celebração quando para estas leis remetta a lei nacional dos esposos, por fórma que, em semelhantes casos, o casamento é valido quando celebrado em harmonia com a lei interna do país dos conjuges ou quando o seja segundo a lei do domicilio ou do lugar da celebração. É uma regra de devolução *facultativa* para transigir entre principios oppostos de direito internacional privado e para dar estabilidade a um acto juridico tão importante como o casamento.

De modo que, a theoria da devolução nem conseguiu uma consagração legislativa plena ao menos para as instituições do estatuto pessoal, nem viu reconhecida a sua legitimidade como theoria juridica permanente do direito internacional privado.

¹ *Actes* de 1900, pag. 168; *Documents* de 1900, pag. 183.

Os jurisconsultos diplomatas da Haya, como os jurisconsultos homens de sciencia de Neuchatel, recusaram valor scientifico áquella pseudo-theoria e apenas como expediente pratico e medida transitoria lhe deram cabimento parcial na convenção sobre casamento. A logica juridica fará o resto. Quando os homens de estado se convencerem decisivamente de que são falsos os fundamentos de semelhante doutrina, bani-la-ão por certo das legislações nacionaes, e, quando as circunstancias facilitarem a acceitação geral de principios uniformes de direito internacional privado, o illogismo pratico de agora cederá ao rigor scientifico e a diplomacia não precisará de sacrificar, segundo a phrase de ASSER, no altar do accordo internacional um principio seguro de sciencia juridica.

65. O segundo aspecto do problema que analysamos é de facil solução.

O regimen do methodo internacional em toda a sua pureza elimina claramente a dificuldade productora da questão da devolução. Se os estados fixarem principios uniformes para a resolução dos conflictos das leis privadas, se, por exemplo, acordarem em que a capacidade de testar seja regulada em toda a parte pela lei nacional do testador, já não ha a possibilidade de uma legislação remetter para outra e esta devolver para a primeira ou para uma terceira, quer aquelle methodo se realize por meio dum tratado geral, quer por meio de leis uniformes.

Quando, porém, o methodo universal não possa ser applicada em todo o seu rigor logico e se intenda que é indispensavel transigir com os principios de conflictos seguidos por algum dos estados que pretendam entrar na *união* convencional de direito internacional privado, é inteiramente escusado e é perigoso recorrer á illogica, antijuridica e erronea theoria da devolução para obter esse resultado. Bastará que, ao lado

da regra geral pela qual se fixe a lei reguladora duma dada instituição juridica, se resalvem as regras especiaes de conflictos seguidas pelos estados contractantes. A par com um principio geral, estatue-se uma excepção e ficará conseguido o resultado que se tenha em vista. Assim, no caso conhecido da convenção de 1902 sobre o direito de contrair casamento, podia muito bem a conferencia, com a regra geral da competencia da lei nacional dos esposos, ter admittido a competencia excepcional doutra lei preferida por algum dos estados contractantes, e obteria o mesmo resultado, que obteve, de conseguir que os estados que não seguem o principio da lei nacional, mas o da lei do domicilio ou da do logar da celebração, considerem validos os casamentos entre estrangeiros, dum estado contractante de systema da lei nacional, ahi domiciliados ou de passagem, celebrados segunda as regras de capacidade da sua lei nacional, em *compensação* de nos estados de systema da lei nacional se considerarem validos os casamentos de subditos seus ahi domiciliados ou de passagem, celebrados em harmonia com as regras de capacidade da lei do domicilio ou do logar da celebração, isto é, concretizando, de conseguir que um estado de systema do domicilio considere valido o casamento de portugueses ahi domiciliados e celebrado em harmonia com as regras de capacidade da lei portuguesa, como *compensação* de Portugal reconhecer a validade do casamento entre subditos desse país domiciliados no reino, celebrado segundo as regras de capacidade da lei portuguesa como lei do domicilio. Com isso teria evitado o perigo de tão alto conselho diplomatico poder ser apontado, como já o tem sido, como havendo consagrado tão anarchica theoria. Embora o exemplo dado não tenha valor, os partidarios da devolução attribuem-lh'o, e isto basta para favorecer a conservação dum erro doutrinal só prejudicial para pratica juridica dos povos modernos.

Em resumo, pois, no regimen do methodo individual, a remissão para uma lei estrangeira deve intender-se como referente ás suas disposições de direito interno e nesse sentido deviam formular expressamente os estados os seus preceitos de direito internacional privado, e no regimen do methodo internacional na sua phase *transaccional* deve organizar-se a *transacção* sem a apparencia e sem o nome de devolução.

§ VI

A uniformização do direito internacional privado e a theoria das qualificações¹

SUMMARIO: — 66. Theoria das qualificações. Sua formula. — 67. Amplitude da divergencia de qualificação entre as leis privadas dos diversos estados. — 68. Os conflictos de qualificação. Suas modalidades e solução. — 69. As divergencias de qualificação e a uniformização do direito internacional privado.

66. Ao esforço dos jurisconsultos e da diplomacia para fixar principios uniformes de resolução dos conflictos das leis, contrapôs BARTIN a sua *theoria das qualificações*, com a qual pretendeu demonstrar a impossibilidade da unificação das regras do direito internacional privado².

BERTIN põe a questão deste modo: — Ainda que todos os legisladores cheguem a accordo para regular pela mesma lei

¹ BARTIN, *Etudes de droit international privé*, pagg. 1 e segg.; DESPAGNET, *J. D. I. P.*, 1898, pagg. 253 e segg., e *Précis de droit international privé*, pagg. 225 e segg.; PILLET, *Principes*, pagg. 101 e segg.; VABRES, *Conflict des lois*, pag. 582, e *J. D. I. P.*, 1905, pagg. 1231 e segg.; Sr. dr. J. ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pagg. 85 e segg.

² *J. D. I. P.*, 1897, pagg. 225, 466 e 720.

uma determinada categoria de relações jurídicas, uma divergencia subsistirá sempre entre elles quanto á determinação da categoria em que entra uma ou outra relação especial. É a diversidade de *qualificação* de direito dada a uma mesma relação pelos varios estados, a qual involverá a applicação de leis diferentes em cada um desses estados, apesar do principio acceito de que uma *certa lei* deve regular uma *certa ordem* de relações jurídicas. A qualificação differente desloca a relação jurídica duma para outra categoria e a sua lei reguladora é naturalmente diversa. Assim, se os estados accordam em que a lei reguladora da capacidade seja a lei nacional e a lei reguladora da forma dos actos seja a do logar da celebração, basta que um estado *qualifique* de condição de capacidade o que outro *qualifica* de condição de forma, para que seja differente a lei applicavel á mesma relação jurídica e fique prejudicada a uniformização do direito internacional privado.

BARTIN apresenta para illustrar a sua ideia varios exemplos, de que aproveitaremos os dois mais typicos, a fim de a questão ficar posta com toda a clareza. 1.º) Dois estados accordam no duplo principio de regular a successão mobiliaria ou immobiliaria pela lei nacional do *de cuius* ao tempo do seu fallecimento e de regular o regimen de bens dos conjuges pela lei nacional do marido ao tempo do casamento. Dois nacionaes do primeiro estado casam sem contracto antenupcial. Durante o casamento, o marido naturaliza-se cidadão do segundo estado. Morre, e a viuva reclama, como apanagio, uma parte dos bens moveis ou immoveis por elle deixados e situados no territorio do segundo estado. O apanagio é *qualificado* no primeiro estado como uma consequencia do regimen de bens entre os esposos, e, no segundo, como um direito successorio. O resultado será que, não obstante a unidade de principios sobre a lei reguladora das successões e do regimen de bens dos esposos, os dois estados applicarão ao mesmo facto juridico

uma lei differente por virtude da qualificação tambem differente desse facto. 2.º) O artigo 992.º do codigo civil da Hollanda prohibe aos nacionaes deste país testar pela fôrma olographa mesmo em país estrangeiro. Ora, apesar de em França e na Hollanda a capacidade dos individuos ser regulada pela sua lei nacional e a fôrma externa dos actos pela lei do logar da celebração, se a jurisprudencia hollandesa qualificar de regra de incapacidade a disposição do artigo citado e a jurisprudencia francesa a intender como uma regra de forma do testamento em harmonia com o codigo civil francês, resultará que o testamento olographo feito em França por um hollandês será nullo segundo a lei da Hollanda e será valido perante os tribunaes franceses. Estes dois exemplos revelam bem a originalidade e a subtileza do problema que BARTIN soube formular, procurou resolver e julgou dever oppor áquelles que sonham a unidade final do direito internacional privado.

Poderá effectivamente a theoria das qualificações oppor-se ao funcionamento duma theoria geral do direito internacional privado? Verifiquemos.

67. Como nota PILLET, pode haver casos de irreductivel dissidencia sobre a natureza de certas relações juridicas que difficultem a applicação em todos os países a essas instituições dum regimen internacional unifôrme. É o que poderá acontecer, por exemplo, com as doações *mortis causa*, que ficam na linha divisoria entre os contractos e as successões e que uma legislação poderá considerar como actos contractuaes e outra como forma do direito successorio, e que poderá determinar a sua submissão nos dois países a um regimen internacional differente e portanto a falta de unidade que se pretende na organização do direito internacional privado.

Mas, se semelhantes casos existem, são raras excepções na vida geral do direito privado, e porisso não constituem obsta-

culo serio á constituição dum systema geral do direito internacional privado, nem, quando existam, levam sempre fatalmente a um regimen de diversidade.

A semelhança fundamental de civilização, necessidades e tendencias dos estados dum grau approximado de cultura social faz com que as instituições de direito privado, embora organizadas de modo differente nos diversos países, tendam á realização de fins semelhantes, sejam instrumento da mesma função — a salvaguarda dos interesses particulares, e apresentem um grau de correspondencia sufficiente para, na grande generalidade dos casos, subordinar a principios communs a sua coordenação internacional. A theoria das qualificações constitue, porisso, um obstaculo minimo á unificação do direito internacional, embora, quando reduzida aos seus precisos termos, represente um ponto de vista novo no direito internacional privado, que não pode deixar de ser considerado.

68. O aspecto novo que a theoria das qualificações veio offerecer á observação juridica em materia de direito internacional privado foi a revelação duma nova ordem de conflictos, os *conflictos de qualificação*, e o problema da sua resolução.

O conflicto de qualificação pode revestir tres modalidades — segundo a divergencia 1.º) se dá entre a *lex fori* e a lei dum estado estranho, 2.º) se verifica entre duas leis estrangeiras, 3.º) ou apparece a respeito de relações juridicas submettidas á autonomia da vontade das partes e que porisso devam ser reguladas pela lei que ellas tenham expressa ou presumptivamente escolhido.

1.º) Na primeira hypothese, que é a mais simples e a mais frequente, tem o juiz de escolher entre a qualificação da *lex fori* e a da lei estrangeira. Por qual optar? BARTIN decide-se pela da *lex fori*, pela razão de que o legislador, admittindo a

applicação duma determinada lei para regular certas relações jurídicas, fixa a resolução dos conflictos de leis que julga conveniente em harmonia com a qualificação por elle dada ás relações jurídicas, e porisso quer que prevaleça essa qualificação, aliás seria usurpada a sua soberania e lesada a sua independencia. Se, por exemplo, o legislador manda regular o estado e a capacidade dos estrangeiros pela sua lei nacional, refere-se apenas ás questões que, segundo o seu modo de ver, entram na qualificação jurídica das relações de estado e de capacidade, e porisso não poderia, sem usurpação da sua independencia legislativa, ampliar-se a lei estrangeira além dessas questões. Semelhante razão não tem, todavia, um valor decisivo. Se o legislador manda applicar uma lei estrangeira a uma relação jurídica, quer naturalmente que aquella lei seja applicada emquanto ella organiza e regula esta relação, já que o primeiro ponto que attráe a attenção dum legislador e que em primeiro logar elle procura resolver ao regulamentar juridicamente uma relação ou uma instituição social, é a natureza ou a *qualificação* dessa relação ou instituição, e porisso, não respeitar essa qualificação, seria começar por não applicar á relação ou instituição respectiva a lei que em principio a *lex fori* declara applicavel.

A logica da admissão das leis estrangeiras exige, pois, que seja respeitada como principio geral a qualificação das relações jurídicas feita pela lei estrangeira declarada competente pelos preceitos de direito internacional privado acceitos pela *lex fori*. O mesmo BARTIN se inclina, embora involuntariamente, para esta solução, quando escreve que a *lex fori* não pode levar até ao capricho e á arbitrariedade a sua soberania na qualificação das relações jurídicas, mas que lhe deve servir de limite a obrigação racional e moral de accetar as qualificações da lei estrangeira que são *correctas* sob o seu ponto de vista, isto é, que correspondem directamente, ou por analogia,

áquellas que ella mesma consagra. Semelhante meio de *correção*, aliás problematico, pois os magistrados tenderiam a considerar *correctas* apenas as qualificações admittidas pela *lex fori*, mostra que no espirito de BARTIN actuava mais ou menos a ideia de respeitar as qualificações das leis estrangeiras.

Admittindo, comtudo, com DESPAGNER, que os tribunaes devem optar em geral pela qualificação da lei estrangeira quando por esta deva ser resolvida a questão em harmonia com os principios de direito internacional privado acceitos pela *lex fori*, com o mesmo escriptor pensamos que aquelle principio geral deve ser limitado no sentido de os tribunaes preferirem a qualificação da *lex fori* quando a observancia da qualificação da lei estrangeira seja contraria aos principios da ordem publica territorial. A qualificação das relações juridicas não deve considerar-se em geral de ordem publica, pois que cado legislador a faz segundo o seu ponto de vista particular sem a pretensão de a impor aos legisladores estrangeiros, antes accitando a qualificação por estes adoptada como determinante da lei applicavel em caso de conflicto. Se, todavia, alguma vez a qualificação seguida pela lei estrangeira deslocar por tal maneira uma relação juridica que, accitá-la, represente a violação duma lei de ordem publica, o tribunal opporá a essa qualificação o modificativo de todas as regras normaes de applicação do direito estrangeiro constituido pelos principios de interesse e ordem publica.

2.º) No conflicto de qualificação de duas leis estrangeiras entre as quaes o tribunal tenha de escóher, como se perante um tribunal portugûes se levanta a questão da validade dum testamento olographo feito por um hollandês na Hespanha, na hypothese de semelhante testamento representar um acto de capacidade para a lei hollandêsa e um acto de forma para a lei hespanhola, BARTIN, coherentemente com a solução dada ao caso anterior, sustenta que o tribunal deve accitar a qua-

lificação que mais se approximar da da *lex fori*. A qualificação desta lei, obrigatoria no caso de conflicto entre ella e uma lei estrangeira, transforma-se em criterio de escolha no caso de conflicto entre duas leis estrangeiras, por ser a qualificação mais assim da da *lex fori* a que melhor traduz as vistas do legislador do país do tribunal ácerca da natureza das instituições jurídicas e portanto a que mais de perto se conforma com o seu conceito sobre a applicação das leis estrangeiras. Não parece, porém, o mais seguro o caminho seguido pelo nosso auctor. Como na hypothese anterior, parece-nos que a solução melhor será aquella que mais se harmonize com os principios de direito internacional privado consagrados pela *lex fori* e não a que mais se conforme com a qualificação desta lei. Num problema de direito internacional privado e numa *lucta* de qualificação a que o legislador do tribunal é estranho, será, em verdade, mais logica e mais justa a solução que mais se approxime dos preceitos daquelle direito formulados ou acceitos pelo legislador do tribunal, preceitos que são para o tribunal a verdadeira expressão do direito internacional privado, e portanto o mesmo tribunal deverá applicar os principios de conflictos da *lex fori*, deixando, coherentemente com a solução admittida na hypothese anterior, á lei applicavel, segundo a mesma *lex fori*, a qualificação da respectiva relação jurídica.

3.º Quando a divergencia de qualificação se refere a questões que entram no dominio da autonomia da vontade, deve prevalecer evidentemente a qualificação da lei expressa ou presumptivamente acceita pelas partes. Assim, se os contractantes escolhem como lei reguladora das obrigações conventionaes a lei do logar da execução dos contractos, embora a *lex fori* e a lei estrangeira compreendam de modo differente o que deve intender-se por logar de execução, é a lei acceita pelas partes a que ha de determinar o que seja o logar de execução. É a logica do principio que deixa aos interessados

a escolha da lei que ha de regular determinadas relações jurídicas. Em rigor, neste ultimo caso não chega a haver conflicto. O tribunal não tem mais que determinar e applicar a lei escolhida pelas partes na esphera de legitimidade da autonomia da vóntade no direito internacional privado.

69. Apreciando dum modo geral o problema das qualificações, podemos concluir: que, dada, por um lado, a semelhança de função fundamental do direito privado em todos os estados civilizados e dada, por outro, a consequente e relativa limitação dos casos de divergencia verdadeira de qualificação das relações do mesmo direito, essa divergencia constitue um obstaculo pouco apreciavel á uniformização do direito internacional privado; que a generalização progressiva da uniformidade deste direito tornará cada vez menos sensiveis as divergencias de qualificação quando estas se resolvam como devem ser resolvidas pela applicação logica em cada estado dos principios de direito internacional privado segundo os criterios que deixamos apontados; e que a *entente* dos estados pode ir até á acceitação de regras eguaes para a resolução de conflictos de qualificação, o que virá reduzir ao minimo os resultados das divergencias das suas legislações na determinação da natureza das relações jurídicas.

§ VII

Modos de formação do direito internacional privado ¹

SUMMARIO : — 70. O costume e os tratados como modos de formação do direito internacional privado. — 71. Função pratica da sciencia do direito internacional privado. — 72. Fontes do direito internacional privado *português*.

70. Como ramo do direito internacional geral, são modos de formação do direito internacional privado o *costume* e os *tratados*, como as unicas fórmulas por que pode manifestar-se o assentimento dos estados para a constituição de preceitos obrigatorios communs.

Dado, porém, o modo de ser actual do direito internacional privado, que se revela sob a fórmula de definições locais de regras internacionaes e apenas começa a constituir-se segundo o principio do methodo internacional, importa determinar o valor e o alcance do costume e dos tratados na sua correlação com a existencia methodica daquelle direito.

No regimen do methodo individual; formula cada estado de modo independente principios de direito internacional privado, e portanto só poderão estabelecer-se preceitos communs aos varios estados se estes acceitarem disposições identicas para regular a situação dos estrangeiros. No dominio de semelhante regimen, pois, só a convergencia tacita do procedimento dos estados, só o costume, pode crear regras disciplinadoras da

¹ JITTA, *ob. cit.*, pagg. 180 e segg., e 225 e segg.; PILLET, *Principes*, pagg. 90 e segg., *Droit international privé*, pagg. 26 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 36 e segg.; etc.

sociedade internacional de ordem privada, já que as leis nacionaes só podem ter força imperativa no estado que as promulga.

O costume internacional constitue-se quando os estados, sem uma intelligencia formal, seguem uma pratica uniforme na sua conducta para com os outros estados ou para com os nacionaes desses estados. Semelhante pratica é sempre *consuetudinaria* em relação aos outros estados, mas pode ser *consuetudinaria* ou *legislada* quanto a cada um dos estados que a seguem, segundo forem escriptos ou não escriptos os preceitos *locaes* de direito internacional privado. Consequentemente, o costume internacional pode ter por *factores nacionaes* as fontes admittidas em cada país para a formação do direito internacional, e portanto ou só a *lei*, ou a lei acompanhada do *costume* e da *jurisprudencia*, se um ou a outra ou ambos forem reconhecidos por algum dos estados da sociedade internacional. É bem de ver que, para o conhecimento da definição *meramente local* de regras internacionaes, e portanto para saber como cada estado compreende e estabelece preceitos de direito internacional privado, e, assim, concorre para a elaboração do costume internacional, o internacionalista ou o juiz seguirá a *ordem de precedencia* das fontes admittidas no direito do seu país para que cada uma fique no logar que lhe pertence na formação do direito nacional.

O regimen do methodo individual é, porém, transitorio e instavel e os estados afastam-se d'elle progressivamente por meio de *tratados*. E na affirmação do direito internacional privado de character convencional verificaram-se já duas phases evolutivas. Constituem a primeira os *tratados singulares* concluidos entre dois estados para regular na esphera jurisdiccional de cada qual a condição dos nacionaes do outro; e formam a segunda os *tratados collectivos*, da natureza das convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905, destinados a estabelecer um regimen juridico das relações privadas internacionaes *commum*

a um maior ou menor numero de estados. Pode, comtudo, prever-se ainda uma terceira phase, que será apenas um desinvolvimento da segunda, em que, de collectivos, os tratados se tornarão *universaes*, no sentido de serem concluidos entre todos os estados civilizados, quando estes se convencerem da necessidade de estabelecer a maior uniformidade na resolução dos problemas do direito internacional privado.

Pela conclusão de tratados têm-se os estados desviado apenas parcialmente do simples methodo individual, e porisso vivem hoje numa especie de *regimen mixto*, sendo a situação dos estrangeiros fixada em cada estado ao mesmo tempo por *leis internas* e por *tratados*. As leis internas predominam, porém, e os tratados são uma especie de *lei excepcional* só para os subditos dos estados contractantes e só para os casos previstos nos mesmos tratados.

71. Ao lado do costume e dos tratados, apparece naturalmente a sciencia do direito internacional privado, que exerce, como toda a sciencia do direito, a dupla funcção de *formular* os preceitos do *direito constituído* e de indicar as *reformas* que, em face das exigencias mudaveis da comunidade internacional, nesse direito devem ser introduzidas. Mas vae ainda mais longe a sua missão. Porque as leis nacionaes e os tratados deixam sem solução muitas das questões emergentes das relações internacionaes de ordem privada, os tribunaes vão naturalmente pedir á sciencia os principios dirigentes das suas deliberações. A sciencia do direito internacional privado será assim muitas vezes um guia dos julgadores, os quaes deverão escolher as soluções doutrinaes que, não sendo contrarias ao espirito da legislação nacional, mais se harmonizem com as exigencias da vida internacional, com as necessidades da justa conciliação das leis dos differentes estados e com o principio do mutuo respeito das soberanias.

Sem os fóros duma fonte de direito, será, comtudo, aquella sciencia frequente indicador dos principios reguladores da situação juridica dos estrangeiros e um auxiliar indispensavel a todos aquelles que tenham por officio a applicação de taes principios.

72. Para rematar estas ligeiras indicações ácerca das fontes do direito internacional privado, diremos quaes as fontes do direito internacional privado *português*, na sua precedencia e no uso a fazer de cada uma.

Obedecendo á tendencia geral¹, deslinaram as leis portuguezas alguns principios de direito internacional privado, como se vê do codigo civil, artt. 24.º a 31.º, 578.º, 964.º, 1065.º, 1066.º, 1085.º, 1106.º, 1107.º, 1961.º, 1965.º, 2406.º, 2430.º e 2479.º, do codigo do processo civil, artt. 18.º, § 2.º, 20.º e 1087.º a 1091.º, do codigo commercial, artt. 4.º a 7.º, 12.º, 54.º, 109.º a 111.º, 488.º, 490.º, § 2.º, 509.º, 511.º, § 1.º, 513.º, § 1.º, 516.º, §§ 2.º e 3.º, 591.º, §§ 1.º e 2.º, do codigo de processo commercial, artt. 2.º, 8.º, 12.º e 13.º, e do Regulamento con-

¹ A tendencia para formular principios de direito internacional privado nas leis nacionaes manifestou-se no seculo passado, sendo curioso observar o maior desinvolvimento desses principios nos codigos ou leis mais recentes. Para verificar este facto bastará comparar o art. 3.º do codigo civil francês de 1804, que é a sua disposição fundamental sobre o direito internacional privado, com os artt. 6.º a 12.º do codigo civil italiano de 1865, 6.º a 14.º do codigo argentino de 1869, 8.º a 11.º do codigo civil hespanhol de 1889, 7.º a 31.º da lei de introdução do codigo civil allemão de 1896, e 3.º a 30.º da lei japonesa de 15 de junho de 1898.

O estudo comparativo destes differentes diplomas mostra nós legisladores a preocupação sempre maior de bem definir o regimen juridico das relações internacionaes de character privado (MEILI, *ob. cit.*, pagg. 21 e segg.; SURVILLE ET ARTHUIS, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 1904, pag. 6; JITA, *ob. cit.*, pagg. 264 e segg.).

sular, artt. 89.º, 98.º, 116.º e 192.º, principios que devem, em geral, ser applicados pelos tribunaes portugueses no julgamento das questões a que elles se referem.

Comtudo, tambem Portugal tende para o regimen da *uniformidade convencional* e tem celebrado tratados para regular as relações de ordem privada, como se vê das convenções consulares e dos tratados de commercio, que frequentemente determinam alguns dos direitos concedidos aos subditos dos estados contractantes e por vezes fixam a lei reguladora de certas relações juridicas, como acontece com a convenção consular com a Austria, que fixa a lei reguladora das successões (art. 10.º); e como particularmente se depreende das convenções da Haya de 1896, de 1902 e 1905 sobre processo civil, casamento, divorcio e separação de pessoas, tutela de menores, efeitos do casamento, successão e interdicção, directamente concluidas para resolver questões de direito internacional privado. E porisso os codigos civil (art. 26.º), commercial (art. 6.º) e o do processo commercial (art. 22.º), determinam que, quando haja tratados respeitantes á situação dos estrangeiros, esses tratados serão cumpridos integralmente, embora as suas disposições contrariem as normas geraes reguladoras das relações privadas internacionaes.

O systema portuguez é, portanto, mixto de leis *nacionaes* e tratados, devendo a precedencia de applicação começar pelos tratados, para só na sua falta se applicarem as leis.

Mas se tratado não existe e a lei é omissa? Deverá recorrer-se ao costume internacional, universalmente reconhecido como fonte do direito regulador da sociedade dos estados. E, se acaso não houver costume estobelecido, será de seguir uma solução que, como acima deixamos dicto, não contrariando as bases do direito internacional local, se approxime dos principios do direito internacional geral. E, para a justa solução das questões, será sempre indispensavel a lição da sciencia do

direito internacional privado, para a plena compreensão do direito legislado, convencional e consuetudinario, e para determinar o meio mais justo de supprir as omissões do direito existente ¹.

¹ Sr. dr. GUILHERME MOREIRA, *Lições de direito civil*, 1906-1907, pagg. 93 e segg.; PILLEY, *Principes*, pag. 118, e *Droit international privé*, pag. 38.

CAPITULO II

Condição dos estrangeiros

SECÇÃO I

Os individuos

§ I

Nacionaes e estrangeiros ¹

SUMMARIO : — 73. Noção e importancia da nacionalidade em direito internacional privado. — 74. Competencia para estabelecer as leis attributivas da nacionalidade. Caracter geral destas leis.—75. Principios reguladores da attribuição da nacionalidade. — 76. Conflictos de leis em materia de nacionalidade. A pluralidade de nacionalidades e a falta de nacionalidade.

73. Porque a sociedade internacional tem a forma dum organismo de estados, os individuos são cidadãos ou *nacionaes* d'algum desses estados e são *estrangeiros* em relação a todos os outros. A qualidade de cidadão e a condição juridica dos individuos como nacionaes estabelece-a o direito interno de cada país, e a sua condição como estrangeiros, fixa-a o direito

¹ WEISS, *Traité*, 1, et *Manuel*, pagg. 1 e segg.; PILLET, *Droit international privé*, pagg. 135 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 237 e segg.; ARTHUIS ET SURVILLE, *ob. cit.*, pagg. 54 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg.; STOERK, *Les changements de nationalité et le droit des gens*, na *R. D. I. P.*, 1895, pagg. 273 e segg.; NYS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 219 e segg.; etc.

internacional. E o estudo da condição dos estrangeiros pela determinação dos direitos concedidos aos individuos fóra do seu país constitue, como já foi dicto, o primeiro problema característico do direito internacional privado.

A resolução deste problema suppõe como elemento inicial o principio da *differenciação* entre nacionaes e estrangeiros, pois, antes de definir a capacidade juridica destes ultimos, é logico saber qual o meio de os distinguir dos nacionaes.

Aquelle principio de differenciação constitue a theoria da *nacionalidade*.

A nacionalidade, no seu sentido technico e rigoroso em direito internacional privado, é o laço que une uma pessoa a um estado determinado. Ser nacional dum estado é, assim, ser membro da unidade politica formada por esse estado e pertencer a um grupo social que as circunstanças historicas constituíram sob a direcção dum governo commum.

A theoria da nacionalidade tem uma dupla importancia sob o ponto de vista do direito internacional privado. Em primeiro lugar, determina quem é nacional e quem é estrangeiro e assim habilita a conhecer a situação geral dos individuos bem como a saber quaes as pessoas a quem o estado deve a sua protecção no estrangeiro, sendo, como é, principio geralmente reconhecido que os estados têm o direito e o dever de, dentro de certos limites, proteger os nacionaes que se encontrem em outros estados. Depois, ensina a fixar a lei pessoal de cada qual, quando a lei pessoal seja a *lei nacional*, como o é em geral nos estados europeus, e ainda em estados não europeus, como o Brasil, o Congo, o Japão, etc. E este ensinamento é importante, pois a lei pessoal é muitas vezes a lei competente para regular as relações juridicas, como, por exemplo, o estado e a capacidade, as relações de familia, e as successões.

Não obstante a sua importancia, não daremos desinvolvimento á theoria da nacionalidade, por essa theoria ser estu-

dada na primeira cadeira de direito civil. Suppondo, porisso, estudado e conhecido tudo que respeita á aquisição, perda e readquisição da qualidade de cidadão, limitar-nos-emos a encarar aquella theoria no seu aspecto internacional ¹.

74. As leis que em cada país distinguem os nacionaes dos estrangeiros determinam os elementos componentes da sociedade politica e designam os individuos que podem concorrer para a organização e exercicio das funcções publicas e portanto são leis que entram evidentemente no direito publico interno de cada estado. Ao estado deve, porisso, ser permittido estabelecer com inteira liberdade quaes os individuos a quem ha de confiar a criação e a realização dos serviços por que se traduz o exercicio da soberania nacional.

As leis attributivas da qualidade de cidadão são, assim, leis caracteristicamente de ordem publica e portanto leis de applicação sempre obrigatoria pelos tribunaes. Na divergencia entre a *lex fori* e as leis estrangeiras acerca do *direito de cidade*, o tribunal só tem que attender á lei do seu país para determinar se o individuo é nacional ou estrangeiro, e para lhe reconhecer os direitos e attribuir as obrigações que possam resultar duma ou doutra qualidade.

Mas se os estados têm a liberdade de regular como melhor intenderem a attribuição da qualidade de cidadão, devem, no entretanto, procurar estabelecer toda a possivel concordancia entre as suas leis sob esse ponto de vista, para evitar a dupla anormalidade de o individuo não ter nacionalidade ou ter mais que uma nacionalidade, anormalidade resultante da falta de correspondencia entre as legislações por maneira a poder per-

¹ Vid. Carta Constitucional, artt. 7 e 8, e Cod. civil, artt. 18 a 23; Sr. dr. GUILHERME MOREIRA, *Licções de direito civil*, 1902-1903, pagg. 91 e segg.

der-se a nacionalidade dum estado sem adquirir a doutro estado, caso em que o individuo não terá patria, ou a adquirir uma nacionalidade nova sem ter perdido a antiga, caso em que terá duas patrias.

Importa, porisso, apontar os principios de direito internacional que, por um lado, devem orientar os estados e os legisladores para organizarem as leis ou celebrarem tratados no sentido de evitar aquella anormalidade, e, por outro lado, ensinem a resolver as situações anômalas creadas pelas divergencias legislativas sobre a nacionalidade.

75. Os principios reguladores da attribuição da nacionalidade como laço juridico entre o individuo e um estado foram reduzidos por STOERK fundamentalmente a quatro: 1.º) a *cidade* — toda a pessoa deve ter uma nacionalidade; 2.º) a *exclusividade* — ninguem pode ter mais que uma nacionalidade; 3.º) a *mutabilidade* — o individuo tem o direito de mudar de nacionalidade, renunciando á nacionalidade antiga e adquirindo uma nacionalidade nova; 4.º) a *continuidade* — conservação da nacionalidade adquirida até á aquisição duma outra nacionalidade.

A *cidade* attribue ao individuo as faculdades que só podem ter os membros duma comunidade politica, ao mesmo tempo que lhe impõe os encargos que resultam da participação nessa comunidade. Da organização da humanidade em estados deriva naturalmente a ligação entre um individuo e um estado, ao qual dedique a sua cooperação na realização dos interesses geraes e que lhe sirva de protecção e apoio no exercicio da sua actividade. A unidade de nacionalidade é assim a expressão pessoal da actual organização politica da humanidade e um evidente factor da regularização da situação dos individuos dentro da sociedade internacional.

A *exclusividade* obsta á pluralidade de nacionalidades, situa-

ção anomala que origina serias difficuldades tanto na determinação dos direitos e obrigações do individuo como na escolha da lei reguladora das suas relações juridicas. Com effeito, porque a nacionalidade representa a comparticipação numa comunidade politica, o individuo que tenha duas nacionalidades gosa ao mesmo tempo dos direitos e deve supportar os encargos de cidadão de ambos os estados de que seja nacional, e porque, segundo muitas legislações, como acima dissemos, a lei pessoal é a lei nacional, teria o mesmo individuo uma dupla lei pessoal. Mas, porque nem poderá desempenhar-se cumulativamente dos encargos que lhe resultam da sua qualidade de cidadão de dois estados, expõe-se fatalmente aos rigores da lei num dos estados que o reivindicam como seu nacional, e porque a duplicidade da lei pessoal é incompativel com a unidade e estabilidade da sua condição juridica, encontrar-se-á numa situação juridica contradictoria e irreductivel absolutamente repugnante á regularidade das relações internacionaes e que os estados deverão evitar pela possivel uniformização das suas leis sobre a attribuição da nacionalidade.

A *mutabilidade* assegura ao individuo a liberdade de escolha da nacionalidade e emancipa-o da servidão politica dentro do estado. Nos modernos estados civilizados, é geralmente reconhecido o direito de mudar de nacionalidade. Em alguns países, os cidadãos, ou todos (Argentina), ou pelo menos os originarios (Russia), não podem expatriar-se naturalizando-se em país estrangeiro, e em outros a expatiação depende duma auctorização do governo (Allemanha) ou da pratica de certas formalidades (Suissa), mas na grande maioria dos estados a expatiação é livre, podendo o individuo trocar sem retrições a sua nacionalidade pela nacionalidade doutro estado.

Este direito de mudar de nacionalidade funda-se no duplo principio de que a nacionalidade não deve impor-se a quem não queira ser cidadão dum determinado estado e de que,

não podendo contestar-se ao homem o direito de desinvolver as suas faculdades physicas e intellectuaes, logicamente lhe deve ser permittido deixar a sua patria d'origem e procurar uma patria nova onde lhe seja possivel realizar os interesses e as vantagens que julgue necessarias á sua existencia e não possa conseguir no seu antigo país.

Ao direito de expatriação corresponde a *naturalização*, admittindo todos os estados civilizados, ou como uma *graça* (é a regra na Europa) ou como um *direito* (na Grecia e em geral na America) e mediante a exigencia de maior ou menor numero de condições, que os estrangeiros possam passar a nacionaes pela naturalização.

Todavia, porque, segundo algumas legislações, a naturalização em país estrangeiro não é sufficiente para perder a antiga nacionalidade ou por a mudança de nacionalidade não ser permittida ou por se não cumprirem as condições para essa mudança exigidas, pode a naturalização produzir a anomalia da dupla nacionalidade com as consequencias que já apontamos. Para evitar tão prejudicial situação, não deveriam os estados permittir a naturalização, se o interessado não perdesse por esse facto a sua antiga nacionalidade. E neste sentido já providenciaram as legislações da Noruega, do Luxemburgo, da Servia e da Suissa, determinando que não podem naturalizar-se os estrangeiros que não perdem pela naturalização a sua nacionalidade de origem.

A *continuidade* evita o apparecimento dos individuos sem patria — *heimathlosen* — na situação anomala de não terem um estado que especialmente os proteja e sem leis certas que dêem estabilidade á sua personalidade juridica. A regularidade das relações internacionaes, assim como exige que o individuo tenha uma só nacionalidade, exige que elle tenha sempre uma nacionalidade para a determinação do estado que lhe deve protecção e para a definição da sua lei pessoal quando esta se

identifique com a lei nacional. O principio da continuidade vem, porisso, corrigir, até onde a correcção é possível, as legislações que admittem a perda da nacionalidade sem que uma outra nacionalidade seja adquirida, e vem ainda condemnar as leis que com semelhantes disposições criam os *heimathlosen*. Entram em tal numero todas as legislações que ou admittem a abdicção pura e simples da nacionalidade (Allemanha e Hungria), ou estabelecem que a residencia em país estrangeiro alem dum certo prazo faz perder a nacionalidade (Allemanha, Hungria, Italia, Dinamarca e Suecia), ou determinam que a saída do país com o destino de não regressar equivale á desnacionalização (Austria, Belgica, Luxemburgo e Noruega), ou dispõem que perde a nacionalidade aquelle que accete funções publicas em país estrangeiro ou que accete pensões ou condecorações de governos estrangeiros (Allemanha, Hespanha, Hollanda, Hungria, Grecia, Italia, Mexico, Portugal, etc.), ou reconhecem a pena de expulsão do reino com o effeito da perda da qualidade de cidadão (Portugal). Todas estas disposições são inconvenientes sob o ponto de vista internacional. Até certo ponto corrige-as o principio da continuidade, pois quando o *heimathlos* tenha ficado sem patria por algum dos motivos apontados, deve considerar-se a antiga nacionalidade como um direito internacionalmente adquirido e ainda não regularmente substituido, e deve elle considerar-se como cidadão do país a que já pertenceu. Assim o exige o principio da cidade. Isto, porém, só poderá ter logar fóra do estado de que elle tenha sido nacional. Aqui, porque as leis attributivas da qualidade de cidadão são de ordem publica, será considerado como não tendo nacionalidade.

Todavia, o verdadeiro remedio consiste em reformar semelhantes legislações por maneira, que nunca haja perda de nacionalidade sem a aquisição duma nova patria. É de notar como singularmente revoltante a admissão da pena de expul-

são do reino com a perda da qualidade de cidadão, como se os países estrangeiros devessem ser asylo de criminosos e houvesse o direito de privar os individuos de leis reguladoras da sua situação juridica.

75. Os principios que deixamos estabelecidos não têm informado sempre as legislações acerca da attribuição da nacionalidade, por forma a haver ou a) individuos sem patria ou b) individuos com duas patrias. Procuraremos, porisso, determinar como e até onde semelhantes situações são susceptiveis duma solução.

a) A falta de nacionalidade — *heimathlosat* — pode provir da divergencia dos systemas seguidos pelas legislações na attribuição da nacionalidade ou de as mesmas legislações admittirem, como já dissemos, casos de perda de nacionalidade sem a aquisição duma outra nacionalidade.

Se uma legislação segue o systema do *jus soli*, considerando nacionaes os individuos que nascem no territorio do estado, e outra segue o systema do *jus sanguinis*, considerando cidadãos os filhos de nacionaes do estado, os individuos que nasçam no territorio do segundo estado, de paes que sejam nacionaes do primeiro, não têm nacionalidade, pois não os alcançam o *jus soli* nem o *jus sanguinis*.

Sem nacionalidade, ficam tambem todos aquelles que podem perder a antiga patria sem adquirir uma patria nova, como acontecerá com a applicação do art. 22.º, n.ºs 2 e 3 do codigo civil portuguez, pois nem a acceitação de funcções publicas, graça, pensão ou condecoração de governo estrangeiro equivale á naturalização em outro país nem o expulso do reino por sentença fica por esse facto cidadão de qualquer estado. O mesmo acontecerá com a mudança de nacionalidade do individuo casado e com filhos menores, se pela lei do país de origem a mulher e os filhos perderem por esse facto a na-

cionalidade daquelle país, sem que pela lei do país de naturalização adquiram a nova nacionalidade do marido ou pae.

Ao lado destes *heimathlosen*, que o são *de direito*, ha os *heimathlosen* que o são *de facto*, por não poder determinar-se a sua nacionalidade, o que é reconhecido pelo n.º 4 do art. 18.º do código civil portuguezs.

Qual a situação dos individuos sem patria, quer de direito quer de facto?

Antes de mais, deve observar-se que um individuo só deve considerar-se sem patria quando nunca tenha tido nacionalidade ou quando esta não possa determinar-se. Quando tenha sido nacional de qualquer país, deve ser tido em terceiros estados como nacional desse país, para o effeito de determinar os seus direitos e de fixar a sua lei pessoal, quando esta se identifique com a lei nacional. No estado, porém, de que tenha sido nacional não poderá deixar de ser considerado como sem patria pelo motivo já referido, e porisso a sua situação determinar-se-á em harmonia com o que vamos dizer.

Deixando para mais tarde a determinação dos direitos que nos estados civilizados devem ser attribuidos aos *heimathlosen*, só formularemos por agora as regras respeitantes á determinação da lei que, á falta duma lei nacional, deva constituir a sua lei pessoal. Semelhante lei deve ser naturalmente aquella que mais estabilidade possa garantir á sua condição, e portanto a lei do domicilio. Na falta de domicilio, desempenhará a mesma função a lei do logar onde forem celebrados os actos juridicos e, na falta desta ultima, a *lex fori*. Ainda que qualquer destas leis não seja normalmente competente como lei pessoal, a normalidade cede ao principio superior de que ninguem pode viver fóra da lei e de que todos devem ter o seu estatuto pessoal.

b) A dupla nacionalidade pode derivar ou da divergencia de systemas legislativos sobre a attribuição da qualidade de

cidadão ou do facto de uma pessoa adquirir uma nacionalidade nova sem perder a nacionalidade antiga.

A divergencia de systema legislativo sobre a attribuição de nacionalidade pode produzir o resultado de o individuo ser, pelo nascimento, cidadão do país onde nascer, quando nesse país seja seguido o principio do *jus soli* e porisso se declarem nacionaes os individuos nascidos no territorio, e ao mesmo tempo cidadão do país de seus paes, se estes pertencerem a um estado que admitta o principio do *jus sanguinis* e declare cidadãos os filhos de nacionaes nascidos em país estrangeiro. Assim, pelo art. 18.º, n.º 2, do codigo civil portuguez, é cidadão portuguez o individuo que nasce no reino de pae estrangeiro, que não resida por serviço da sua nação, se não declarar, por si, sendo maior ou emancipado, ou por seu pae ou tutor, sendo menor, que não quer ser cidadão portuguez, e pelo art. 17.º, n.º 2, do codigo civil hespanhol é cidadão hespanhol o individuo nascido de pae hespanhol em país estrangeiro, de forma, que o individuo que nasça em Portugal de pae hespanhol e não faça a declaração referida, será ao mesmo tempo portuguez e hespanhol. Conflictos desta natureza são frequentissimos entre as legislações dos diversos países. E ainda um conflicto semelhante pode surgir em certos casos entre duas legislações que sigam ambas o principio do *jus sanguinis*, como acontecerá entre a lei portugueza, que (cod. civil, art. 18.º, n.º 3) considera cidadão portuguez o filho illegitimo de mãe portuguesa nascido em país estrangeiro que venha domiciliar-se no reino ou declare que quer ser portuguez, e a lei italiana (cod. civil, artt. 4.º e 7.º), que considera nacional o filho perfilhado de pae italiano. Por taes preceitos o filho illegitimo de mãe portuguesa e pae italiano poderá ser ao mesmo tempo portuguez e italiano.

Muito frequente é a situação da dupla nacionalidade provinda do facto de o individuo adquirir uma nacionalidade nova

sem perder a nacionalidade primitiva. Sempre que ao individuo não é permittido mudar de nacionalidade ou não o pode fazer sem cumprir determinadas condições, e elle obtem a naturalização em país estrangeiro, ficará com duas nacionalidades. Ainda sob outro aspecto, a naturalização pode determinar a situação da dupla nacionalidade. É no que respeita ás mulheres e filhos menores do naturalizado, que podem ficar com a nacionalidade de origem e com a nova nacionalidade do marido ou pae. Assim, pelo código civil portuguez, a naturalização em país estrangeiro dum nacional casado não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação á mulher e aos filhos menores se não declararem, os filhos depois de maiores ou emancipados, que querem seguir a nacionalidade do marido ou pae (art. 22.º, §§ 1.º e 2.º), e pelo código civil allemão a naturalização abrange a mulher e os filhos menores (art. 41, 1).

Como resolver os conflictos de dupla nacionalidade no interesse da determinação dos direitos e deveres dos individuos e da fixação da sua lei pessoal?

O conflicto pode suscitar-se perante os tribunaes dos estados de que o individuo seja nacional ou perante os tribunaes de terceiros estados.

Na primeira hypothese, porque as leis attributivas da qualidade de cidadão são de ordem publica, os tribunaes considerarão o individuo como cidadão do estado local sem attenção pela lei do outro estado que tambem o considere seu nacional. Em tal hypothese, o conflicto resolve-se, pois, judicialmente pela applicação da *lex fori*.

Na segunda hypothese, dado o direito egual de cada estado formular livremente os preceitos reguladores da attribuição da nacionalidade, não ha, em geral, mais razão para optar por esta antes que por aquella das legislações em conflicto.

Se, todavia, o individuo estiver domiciliado em algum dos estados de que é nacional, a par com uma das leis concor-

rentes que o declaram cidadão do respectivo estado, apparece como coëfficiente de preferencia o domicilio num desses estados. Em tal caso, está ao lado duma das nacionalidades um claro elemento de maior correlação do individuo com ella do que com a nacionalidade concorrente, e por isso os escriptores consideram geralmente legitima a preferencia da nacionalidade do estado em que o mesmo individuo esteja domiciliado.

Se o individuo se não encontra domiciliado em nenhum dos estados de que é nacional, ainda pode haver outro coëfficiente de preferencia. É a prioridade da aquisição da nacionalidade. Uma pessoa só deve ter uma nacionalidade e porisso, quando tenha duas adquiridas successivamente e sem que a aquisição da segunda o emancipasse da primeira, será esta a que deve tomar-se em conta como um direito internacionalmente adquirida ainda não regularmente substituído.

No caso, porém, de nem o individuo estar domiciliado em algum dos estados de que é nacional nem as duas nacionalidades serem adquiridas successivamente, o conflicto é insolúvel, pois se não pode indicar um criterio certo para orientar o julgador. Mas como o tribunal não pode deixar de julgar, attribuirá a tal individuo aquella nacionalidade que, segundo o seu prudente arbitrio, melhor proteja o individuo e melhor regularize a sua situação na sociedade internacional.

§ II

Direitos dos estrangeiros

DIVISÃO I

Estrangeiros em geral ¹

SUMMARIO : — 77. A condição dos estrangeiros na evolução jurídica. Estadio actual dessa evolução. Limites minimo e maximo dos poderes do estado em relação aos estrangeiros. — 78. Os estrangeiros e os *direitos publicos*. — 79. Os estrangeiros e os *direitos civis*. Os systemas adoptados pelas legislações na determinação dos direitos civis dos estrangeiros : systema das incapacidades, systema da reciprocidade e systema da egualdade. — 80. Os estrangeiros e os *direitos politicos*. — 81. A condição dos estrangeiros nos estados que não fazem parte da comunidade internacional. — 82. Condição dos individuos sem nacionalidade ou dos que tenham duas nacionalidades.

77. Não foi sempre egual a condição dos estrangeiros na evolução jurídica, tendo ido da privação geral de todos os

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 165 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 45 e segg.; WEISS, *Manuel*, pagg. 211 e segg.; e *Traité théorique et pratique*, tom. II; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 69 e segg.; TORRES CAMPOS, *ob. cit.*, pagg. 163 e segg.; CATELLANI, *Il diritto int. privato*, 2.^o éd., I, Torino, 1895; FIORE, *Elementi di diritto internazionale privato*, pag. 7, e *Le droit international privé*, tom. I, pagg. 8 e segg.; NYS, *Le droit international*, tom. II, 1905, pagg. 214 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 139 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 138 e segg.; JEAN THOMAS, *La condition des étrangers et le droit international*, na *R. D. I. P.*, pagg. 620 e segg.; ARTHUIS ET SURVILLE, *ob. cit.*, pagg. 141 e segg.; Sr. dr. GUMARÃES PIEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 65 e segg.; etc.

direitos até á posse das faculdades juridicas indispensaveis para terem assegurado em todos os estados civilizados o exercicio da propria actividade e garantida a defesa da pessoa e da propriedade.

Effectivamente, a observação historica ensina que nas velhas sociedades, assim como, dentro do estado, nem todos os individuos possuam uma personalidade juridica, nenhum fóra delle tinha direito á protecção da sua pessoa e dos seus bens. Internamente, o aspecto da sociedade era uma hierarchia de classes, desde o *patricio*, que podia participar plenamente no governo e na administração do estado, bem como constituir juridicamente a familia e adquirir, conservar e transmitir legitimamente a propriedade, até ao *escravo*, que era um homem transformado numa coisa e privado de toda a participação na communhão de direito da cidade em que vivia como um instrumento de trabalho; nas relações exteriores, os estados viviam numa situação de hostilidade reciproca mais ou menos pronunciada, e o estrangeiro apparecia como um inimigo que podia legitimamente ser reduzido a escravo. É evidente que ainda não dominava os espiritos a ideia duma personalidade juridica independente do estado ou pertencente a todos os individuos de que este se compunha. Dava-se a compenetração do direito com o estado e este, em vez duma representação de toda a sociedade, apparecia como o patrimonio e o privilegio duma classe dominante. O resultado natural era um regimen de differenças na organização interna e um regimen de isolamento na existencia externa do estado.

Ambos os regimens, porém, se tornaram instaveis, sendo o primeiro abalado pela reacção natural das classes inferiores contra os privilegios da classe dominante, pela lucta constante para a conquista da egualdade politica e juridica, e pelo apparecimento e diffusão do conceito da egualdade de todos os homens, e sendo o segundo batido pelo proprio interesse dos

estados, que, por virtude dos progressos da civilização e do conseqüente alargamento das relações sociaes, depararam com a necessidade de entre si estabelecer relações pacificas e de cada um proteger no seu territorio os nacionaes dos outros.

E assim se abriu na historia das sociedades uma dupla obra de assimilação, a assimilação interna dos subditos do estado, reconhecendo-se, como principio, em todos a mesma capacidade de direito, e a assimilação externa, equiparando-se progressivamente em direitos os nacionaes e os estrangeiros até ao ponto de normalizar e dar efficazes garantias juridicas á situação dos individuos fóra do seu país e ás relações naturalmente estabelecidas entre elles e os cidadãos doutros países.

A resultante de todo este trabalho evolutivo foi que, dentro ou fóra do seu país, se reconheceu ao individuo um certo numero de direitos que todos os estados civilizados garantem e asseguram, foi o respeito e a defesa da pessoa humana, em que hoje se resumem a missão ultima do estado e o fim das relações internacionaes. Este resultado pratico, evidentemente favorecido pelo movimento conceitual que attribue ao homem direitos derivados exclusivamente da sua natureza, está, finalmente, consagrado por todas as theorias juridicas, as quaes, sem divergencia, attribuem ao individuo uma personalidade juridica independente da sua nacionalidade.

A progressiva concessão de direitos aos estrangeiros não produziu, porém, nem produzirá porventura a sua completa equiparação aos nacionaes, tornando-se porisso necessario fixar os limites que demarcam em cada estado a situação juridica dos subditos dos outros estados.

Em primeiro lugar, compreende-se que, tendo as necessidades da civilização determinando as relações privadas internacionaes ou, como costuma dizer-se, o *commercio internacional* entre os individuos, ou, ainda, a *sociedade internacional de ordem privada*, e sendo para proteger e garantir essas relações

que appareceram as relações internacionaes ou commercio internacional dos estados, ou melhor, a *sociedade internacional de ordem publica*, comprehende se que, para a primeira sociedade ser possivel e para a segunda cumprir a sua missão, era impreterivel que cada estado concedesse aos estrangeiros um *minimo* de direitos indispensaveis para elles praticarem com efficaz segurança o commercio internacional.

Mas, porque, apesar de coexistirem e cooperarem em comunidade internacional, os estados continuam autonomos e independentes e, não obstante os seus interesses communs, elles conservam interesses distinctos, comprehende-se igualmente que o reconhecimento de direitos aos estrangeiros não possa ir até á sua absoluta equiparação aos nacionaes, já que tal equiparação poderia ser prejudicial tanto para o estado local, ao qual não convirá por certo que os estrangeiros tenham o exercicio dos direitos politicos, como para o estado de origem, ao qual importa que os seus subditos não sejam postos em condições de não poderem cumprir os seus deveres para com elle, e que, portanto, deverá haver tambem um limite *maximo* dentro do qual cada estado deva conter-se na concessão de direitos aos estrangeiros.

78. O *limite minimo* dos direitos a conceder aos estrangeiros determina-se pelas necessidades do commercio internacional entre particulares e porisso nelle devem entrar todas aquellas faculdades que ao homem são indispensaveis para o livre exercicio da sua actividade em harmonia com o estado de civilização em que vive. Essas faculdades podem classificar-se em dois grupos, umas destinadas a constituir a personalidade e a condicionar as suas manifestações fundamentaes na esphera jurisdiccional dos estados estranhos — são os denominados *direitos publicos*, e outras tendentes a habilitar os individuos a praticar os actos juridicos relativos ás relações de direito privado — são os *direitos civis*.

Os direitos publicos, tambem chamados *direitos do homem* ou *direitos naturaes*, e a que cabe egualmente a designação de direitos *internacionaes*, formam o subtractum de toda a vida juridica e são condição irdeclinavel da segurança e garantia do individuo na sociedade internacional.

O primeiro desses direitos é o reconhecimento da *personalidade juridica* do estrangeiro. A capacidade juridica ou a susceptibilidade de direitos e obrigações é, com effeito, o ponto de partida de toda a vida juridica e, porisso, poderá cada estado limitá-la na pessoa dos estrangeiros, num ponto ou noutro, em face de razões de interesse ou ordem publica, mas não pode desconhecê-la, sem desconhecer as exigencias do commercio internacional. E assim acontece realmente. A capacidade juridica é reconhecida ao homem em todos os estados civilizados. E o direito de personalidade tem merecido aos povos cultos tanto respeito, que, não só supprimiram a escravatura, como instituição que flagrantemente a desconhecia, mas desinvolveram uma acção humanitaria no sentido de reprimir o trafico de escravos entre os estados que ainda admittem o trabalho servil, para o que crearam, na conferencia de Bruxellas de 1889 e 1890 e pela convenção de 2 de julho deste anno, a União internacional para a repressão do trafico de escravos; obrigando-se a cumprir uma serie de disposições tendentes a impedir o trafico no país de origem dos escravos; no seu transporte por mar ou por terra e nos logares de destino, e bem assim reconheceram alguns principios juridicos decididamente destinados a favorecer a libertação dos escravos dos países cujos sentimentos moraes ainda permittem a escravatura. Esses principios são os seguintes: *a)* Recusa da extradição dum criminoso, escravo segundo a lei do país que o reclama; *b)* Conquista da liberdade pelo escravo que entra no territorio metropolitano ou colonial dum estado que não reconhece a escravatura; *c)* Não reconhecimento da validade ou

caracter obrigatorio dos tratados que directa ou indirectamente consagram ou facilitam o commercio de escravos ¹.

Com a capacidade juridica, devem ser attribuidas aos estrangeiros aquellas faculdades mediante as quaes a mesma capacidade pode tornar-se effectiva com segurança e efficacia pratica. Assim, — o direito de liberdade de communicação internacional, isto é, de entrar em relações com os individuos das outras nações e de para isso utilizar os meios estabelecidos, como os correios, os telegraphos e os caminhos de ferro, para tornar possiveis ou facilitar as mesmas relações, — o direito de liberdade de entrada, de circulação e de residencia em país estrangeiro e de ahí ter domicilio, embora condicionado pela exigencia de passaportes e moderado pelo principio da expulsão, quando o exijam as conveniencias publicas, e subordinado ao principio da extradição, quando o requeira o dever de assistencia internacional na defesa contra o crime ², — o direito

¹ DESPAGNET, *Droit international public*, pag. 427.

² Tem-se discutido se o estado poderá prohibir absolutamente, em nome do seu direito de conservação, a *immigração* no seu territorio. Alguns internacionalistas classicos assim o têm intendido, partindo do principio da soberania territorial absoluta, segundo o qual os estados poderiam fechar as suas fronteiras á entrada dos estrangeiros. Comtudo, a affirmação progressiva do principio da comunidade internacional veio reduzir aos seus devidos termos semelhante exclusivismo, predominando hoje a doutrina de que os estados não podem prohibir absolutamente a *immigração*, embora possam sujeitá-la a condições mais ou menos rigorosas, já para fazer uma certa selecção de *immigrantes*, já para desviar uma grande corrente *immigratoria* que pareça perturbadora para a economia ou para a tranquillidade nacional. É no mesmo sentido a pratica internacional. «Hoje, escreve STOERNK, já não existe, na comunidade das nações, estado algum que auctorize sem restricções a *emigração* dos seus cidadãos ou que a prohiba absolutamente, como não existe estado algum que repilla inteiramente a *immigração* dos estrangeiros ou que a conceda sem restricções».

Deve notar-se que alguns estados têm prohibido a *immigração* dos

de liberdade pessoal e liberdade de consciencia e cultos, se bem que as leis territoriaes regulem o seu exercicio, — o di-

subditos de certos países no seu territorio, por a considerarem um elemento de perturbação social ou economica. Assim o fizeram os Estados Unidos relativamente á immigração de trabalhadores chineses por uma lei de 1 de outubro de 1888, que prohibia a immigração chinesa pelo periodo de 20 annos, e por uma nova lei de 5 de maio de 1892 que prorogou por dez annos as leis relativas á immigração e submetten a uma regulamentação severa os chineses residentes no territorio americano, lei substituída, no que respeita aos immigrants da China, por virtude de reclamações do governo chinês, pelo tratado de 14 de março de 1894, concluido pelo periodo de dez annos a contar da data das ratificações e com recondução tacita de dez em dez annos, em que foi mantida a prohibição; assim o fizeram o Equador, que por decreto de 14 de setembro de 1889 prohibiu a immigração de chineses, a Costa Rica, que por lei de 20 de julho de 1896 prohibiu a immigração dos chineses ou dos individuos doutra raça que o poder executivo julgasse prejudicial aos progressos ou ao bem estar da Republica; e assim o fez ultimamente a Republica do Panamá, que por lei de 11 de março de 1904 declarou prohibida «a immigração dos chineses, dos turcos e dos syrios no territorio da Republica» (art. 1.º). Não ha, porém, estado algum civilizado que prohiba absolutamente a immigração de individuos de qualquer nacionalidade. E não só é em geral admittida a entrada de estrangeiros no territorio do estados civilizados, mas é essa entrada ainda isenta quasi por toda a parte da exigencia de passaportes como meio de identificar a pessoa dos estrangeiros. Como exigencia normal, o passaporte parece actualmente obrigatorio apenas na Venezuela, na Turquia, e na Russia para entrar na Finlandia.

A isenção de passaportes não desobriga, porém, os estrangeiros, que desejem fixar-se no estado local, de legitimarem, em termos legaes e perante a auctoridade competente, a sua residencia, no interesse da propria segurança e da segurança do mesmo estado local.

Ainda o direito de livre estabelecimento dos estrangeiros é modificado pelo direito de *expulsão* e pelo direito de *extradição*. Pelo primeiro pode o estado local pôr na fronteira os estrangeiros que se tornem perigosos para a segurança publica, devendo, porém, os governos usar prudentemente deste direito, não o exercer senão por motivos graves, communicar estes

reito de liberdade de trabalho, commercio e industria, para o effeito de alcançar meios de subsistencia, e — o direito de inviolabilidade da pessoa, dos bens e do domicilio, como garantia de segurança da integridade individual, são outras tantas condições de que depende a pratica do commercio internacional entre subditos de estados civilizados, e que porisso devem entrar no minimo dos direitos concedidos aos estrangeiros.

79. Com a capacidade juridica, a liberdade nas suas varias manifestações e a inviolabilidade, fica o estrangeiro habilitado dum modo geral a praticar o commercio internacional, possui, por assim dizer, a virtualidade necessaria para o exercicio da actividade juridica. Mas, para a realização effectiva dessa virtualidade, é ainda necessario garantir-lhe efficazmente o exercicio mesmo da actividade juridica nas relações com nacionaes ou com outros estrangeiros, isto é, attribuir-lhe *direitos civis* ou *direitos privados*, e, portanto, reconhecer-lhe a faculdade de constituir legitimamente a familia, adquirir, fruir e transferir juridicamente propriedade e de fazer valer os seus direitos perante as justicas territoriaes. Pelos direitos civis concretizam-se as faculdades geraes contidas nos direitos pu-

motivos ao agente diplomatico da nação a que pertençam os estrangeiros. Pelo segundo, que é exercido a respeito dos crimes mais graves que não sejam de character politico, entrega o estado local ao governo do seu país os criminosos que procuram a impunidade em país estrangeiro. É um direito fundado na justa cooperação dos estados na defesa contra o crime (RIVIER, *ob. cit.*, pag. 270 ; MESNAUD DE SAINT-PAUL, *De l'immigration étrangère en France*, 1902, pagg. 89 e segg ; BONFILS, *ob. cit.*, n.º 415 ; *R. D. I. P.*, 1894, pagg. 555 e segg., 1897, pag. 136, e 1904, pag. 565 ; *J. D. I. P.*, 1903, pag. 573, e 1904, pag. 75 ; PILLET, *Principes*, pag. 187 ; Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Sciencia economica* — Lições de 1903-1904, pagg. 515 e segg.).

blicos e completa-se o limite minimo de direitos que devem constituir a condição dos estrangeiros.

A necessidade de conceder direitos civis aos estrangeiros é sentida pelas legislações dos povos cultos, as quaes todas mais ou menos garantem aos estrangeiros a pratica das relações jurídicas de ordem privada. O estudo comparativo dessas legislações mostra que ellas seguem tres systemas fundamentaes, que, segundo o grau crescente de liberalidade para com os estrangeiros, chamaremos systema das *incapacidades*, systema da *reciprocidade* e systema da *egualdade* entre nacionaes e estrangeiros.

O primeiro systema é caracterizado pela circumstancia de se negarem certos direitos aos estrangeiros e é hoje representado principalmente por alguns estados da Republica norte-americana, os quaes, inspirando-se ainda na *common law* inglesa, ou recusam aos estrangeiros o direito de se tornarem proprietarios de immoveis no territorio do estado (Vermont, Alabama, Carolina do Norte e Missouri), ou subordinam a capacidade de se tornarem proprietarios quer a uma certa residência no territorio da Republica (New-Hampshire, Kentucky, Illinois, Nevada, Virginia, Connecticut, California, Indiana, Texas e Tennessee), quer a uma declaração da intenção de se tornarem cidadãos (Arkansas, Delaware, Maryland, New-York, Carolina do Sul), ou não conferem aquella capacidade senão dentro de certos limites (Pensylvania)¹. A Inglaterra, abandonando por uma lei de 1870 os principios da *common law*, que feria de incapacidade os estrangeiros quanto á propriedade de bens immobiliarios, approximou os estrangeiros dos nacionaes quanto

¹ Segundo as leis deste país, os estrangeiros só podem adquirir immoveis em valor inferior a 20:000 dollars e em extensão inferior a 50:000 acres.

ao gozo dos direitos civis. Isto, porém, só em tempo de paz, pois que, em tempo de guerra, os bens dos subditos do estado inimigo ficam, em principio, sujeitos a confisco, assim como lhes é retirada a faculdade de contractar durante o curso das hostilidades. Dos estados americanos apontados, approximam-se alguns estados europeus, que, embora reconheçam em principio a assimilação entre nacionaes e estrangeiros, limitam a capacidade destes quanto á aquisição de bens immoveis. É o que acontece na Noruega, onde essa aquisição precisa de ser auctorizada, e bem assim na Russia e na Rumania, que só a admittem nas cidades.

O systema da reciprocidade consiste em cada estado conceder aos subditos dos outros estados os mesmos direitos que estes concedem aos seus. Ainda pode offerecer duas variantes — a reciprocidade *diplomatica* e a reciprocidade *legislativa*, segundo o estado local exige, para conceder direitos civis aos estrangeiros, que os estados de origem façam egual concessão aos seus nacionaes ou por meio de *tratados* ou simplesmente em *disposições legislativas*. A reciprocidade diplomatica foi estabelecida pelo codigo francês para os estrangeiros não auctorizados a fixar o seu domicilio em França, lendo-se no art. 11.º desse codigo que «o estrangeiro gosará em França dos mesmos direitos que sejam ou venham a ser concedidos aos franceses pelos *tratados* da nação á qual o estrangeiro pertencer»; e foi seguida depois pela Belgica, pelo Luxemburgo e pela Grecia, cujas leis adoptam o principio geral de que a situação de direito privado dos estrangeiros é reciproca á dos nacionaes fixada em convenções internacionaes. A reciprocidade legislativa é adoptada tambem por um pequeno numero de estados, a Austria, a Servia, a Suecia e a Suissa, onde os estrangeiros gosam dos direitos civis que o seu estado conceda aos nacionaes dalgum desses países.

O systema da egualdade entre nacionaes e estrangeiros,

quanto ao gozo dos direitos civis, que é o mais liberal, é também o seguido pelo maior numero de estados, como Portugal, Hespanha, Italia, Dinamarca, Allemanha, Suissa, Hollanda, Estados da America do Sul, Congo e Japão. Deve, porém, observar-se que em alguns desses estados é ou pode ser limitada a capacidade dos estrangeiros em determinados casos. Assim, na Dinamarca são necessarios cinco annos de residencia para os estrangeiros poderem exercer um commercio ou uma industria, e na Allemanha pode ser decretado o uso dum direito de retorsão contra um estado estrangeiro ou contra os seus subditos (Lei de introdução do código civil, art. 31.º).

Dos tres systemas, é evidentemente o terceiro o que traduz melhor as tendencias da sociedade internacional. O primeiro representa um resto da situação precaria dos estrangeiros nas edades historicas em que os seus direitos eram desconhecidos e elles estavam á mercê do poder territorial. O segundo tem os graves inconvenientes de, na sua forma de reciprocidade diplomatica, tornar dependente a posse ou privação de direitos aos estrangeiros da persistencia ou denuncia dum tratado e de, na sua forma de reciprocidade diplomatica ou legislativa, conduzir o estado a medir a condição dos estrangeiros, não pelos seus proprios criterios, mas pela vontade dos outros estados, tornar differente a condição dos estrangeiros de diversa nacionalidade, o que se traduz na incerteza da sua situação juridica, e basear as relações internacionaes num regimen de desconfiança contrário á fixidez de principios em que deve assentar a comunidade juridica dos estados. O terceiro firma a condição dos estrangeiros em principios de egualdade e de precisão, a egualdade que é um factor de sympathia social e um estimulo exemplar para os estados que ainda a não praticam, e a precisão que é um penhor da segurança juridica indispensavel nas relações privadas internacionaes. No systema das incapacidades, ha precisão, mas ha

desigualdade, no da reciprocidade, pode haver egualdade, mas falta a precisão, para só no terceiro systema se conjugarem as qualidades que devem informar um bom regimen da condição dos estrangeiros. Não pode, porém, exigir-se que o estado leve o principio da egualdade até pôr em perigo o seu direito de conservação. Se, por exemplo, a excessiva aquisição de immoveis por estrangeiros puder prejudicar a integridade territorial do estado, será inteiramente justo que este condicione ou restrinja essa aquisição, prohibindo-a em certos logares, como às fronteiras, ou marcando-lhe certos limites, para evitar uma prejudicial *desnacionalização* do solo. Isto, porém, só na medida exigida pela propria conservação e não em nome dum uso arbitrario do direito de soberania.

80. Deverão ou poderão, porém, os estados proseguir successiva e indefinidamente na concessão de direitos aos estrangeiros até os confundir absolutamente com os seus nacionaes, ou haverá um *limite maximo*, assim como ha um limite minimo, para alem do qual elles não são obrigados ou não poderão passar ?

A sociedade internacional compõe-se de estados independentes, com instituições politicas distinctas, que importa salvaguardar, e com interesses proprios, que cumpre defender, e porisso não poderá ser exigivel ou mesmo permittida a equiparação entre nacionaes e estrangeiros que possa prejudicar o bom funcionamento das instituições politicas ou oppor-se aos legitimos interesses nacionaes. É assim que nenhum estado poderia ser obrigado a conceder aos estrangeiros *direitos politicos*, isto é, a faculdade de participar directa ou indirectamente no governo do estado, já que a influencia de estrangeiros na governação publica pode ser perigosa para a liberdade nacional. Mas os direitos politicos ainda devem ser recusados aos estrangeiros em virtude do respeito devido ao estado a que

elles pertencem. «Um estrangeiro investido duma função politica, diz PILLET, será levado pelas circunstancias á situação de ter de escolher entre os interesses do seu país de origem e os do seu país de adopção. Fiel a uns, trairá os outros, o que constitue uma situação embaraçosa que, sempre que possivel, se deve evitar». Com estas ideias concorda a pratica internacional, que recusa geralmente direitos politicos aos estrangeiros. E quando os estados queiram desviar-se desta regra, deverão fazê-lo por meio de tratados, — como o fizeram o Equador e o Salvador em tratado de 20 de março de 1890, em que foram concedidos aos cidadãos de cada um dos dois estados no territorio do outro todos os direitos politicos que a lei não reserve aos nacionaes, — para o effeito de não contrariar as legitimas conveniencias dos outros estados ¹.

Mas, alem da limitação respeitante aos direitos politicos, outras ainda condicionam a liberdade de acção do estado para com os estrangeiros pelo respeito devido aos outros estados. Uma consiste no modo por que o estado deve reconhecer a personalidade juridica do estrangeiro. Este deve ser considerado como *pessoa estrangeira*, respeitando-se a sua *nacionalidade* e não se lhe podendo impor a nacionalidade do estado local, pois, sendo principio corrente de direito internacional que o individuo pode mudar de nacionalidade, tambem o é egualmente que a nacionalidade se não impõe e, porisso, a naturalização deve ser sempre *voluntaria* e consentida por uma pessoa capaz, o que, se representa por um lado o respeito da liberdade

¹ Como estados que concedem direitos politicos aos estrangeiros, podemos apontar: a Argentina, onde os estrangeiros são admittidos á maior parte dos empregos civis e militares, e o principado de Monaco, onde podem exercer as funções publicas, administrativas ou judiciaes, bem como ser advogados e officiaes publicos (WEISS, *ob. cit.*, pagg. 508 e 553; PILLET, *Droit international privé*, pag. 107).

individual, envolve por outro o respeito do laço que prende o individuo ao seu estado de origem ou cuja nacionalidade adoptou, e portanto o respeito das leis desse estado, sempre que as leis nacionaes sejam chamadas para regular as relações juridicas.

E o reconhecimento do estrangeiro como *nacional* doutro estado conduz a uma nova limitação, qual é a do respeito das obrigações de que o mesmo estrangeiro é devedor ao seu país na sua qualidade de cidadão. O estado local não pode identificar o estrangeiro com os nacionaes até ao ponto de desconhecer aquellas obrigações, devendo pelo contrario *facilitar*, se não *cooperar* com o estado de *origem* no exercicio da sua auctoridade sobre os seus nacionaes. E assim o praticam, effectivamente, os estados nas suas relações, ora, e principalmente, sob uma *forma negativa*, como acontece com a interdicção aos estrangeiros do serviço militar, para não os impossibilitar do cumprimento dum dos seus deveres para com o seu estado, bem como com o reconhecimento universal dos consulados, pelos quaes os estados exercem auctoridade sobre os seus nacionaes, ora mesmo sob uma *forma positiva*, como já se dá com a extradição, que, pela multiplicidade dos tratados que a estabelecem, tende a constituir um principio geral de direito internacional, e, pelo seu destino, que consiste, em geral, em entregar um estrangeiro criminoso ao governo que o persegue ou deseja submittê-lo, ao cumprimento duma pena, representa a *cooperação* dos estados na defesa contra o crime.

Por fim, é ainda pelo respeito devido á soberania dos estados estranhos que se explica a tendencia dalguns escriptores e tribunaes para considerarem nullos os actos que *por fraude* e para evitar as exigencias consideradas excessivas das leis nacionaes os subditos de qualquer país vão praticar ao estrangeiro. É que parece justo que a protecção a estrangeiros não

vá até os habilitar a illudir fraudulentamente as suas leis nacionaes.

É, pois, legitimo concluir que a acção do estado relativamente a estrangeiros anda *circumscripta* entre um minimo de direitos que *devem* ser-lhes attribuidos para tornar possivel a pratica do commercio internacional entre particulares e um maximo dos direitos que *podem* ser-lhes reconhecidos sem prejuizo da soberania local e das soberanias estranhas, e onde portanto deve parar a identificação entre peregrinos e nacionaes. É a doutrina de JEAN THOMAS e de PILLET, que procuramos resumir como traduzindo a verdadeira interpretação dos factos de ordem internacional.

81. A condição dos estrangeiros nos estados de civilização não europeia que não participam integralmente da comunidade internacional, participação que hoje apenas é concedida ao Japão, é regulada por principios muito differentes dos applicados nos estados christãos e hoje no Japão. Nos estados que participam integralmente da comunidade internacional, o principio fundamental informador dessa condição é a assimilação entre nacionaes e estrangeiros num grau *indispensavel* á pratica do commercio internacional de ordem privada, ao passo que, nos estados que estão fóra daquella comunidade, o principio geral é a *separação* entre indigenas e estrangeiros no sentido de estes conservarem uma situação juridica semelhante á que teriam no seu pais, de conservarem os mesmos direitos que ali poderiam exercer, de estarem sujeitos ás leis e auctoridades nacionaes e de gosarem dum privilegio de *exterritorialidade* pela applicação do principio da personalidade das leis e das jurisdicções, de modo que a sua situação seja privilegiada, não em relação a outros estrangeiros, mas em face dos nacionaes do estado local. Nestes termos, escreve PAGÉS, referindo-se aos estados ottomanos, os estrangeiros não

pedem para ser tratados de modo igual aos indigenas ; pelo contrario, pedem a isenção do arbitrio duma auctoridade sem limites, a conservação das suas leis e das suas jurisdicções, e o reconhecimento duma situação excepcional e privilegiada em relação aos subditos do sultão»¹.

Esta situação privilegiada dos estrangeiros nos estados de civilização não europeia é regulada e garantida pelo *regimen das capitulações*, que serve o duplo destino de assegurar aos immigrados dos estados christãos o gozo de direitos reconhecidos pela sua propria legislação, como a liberdade pessoal e com ella a liberdade de estabelecimento e de circulação, a liberdade religiosa, a liberdade de commercio, e a inviolabilidade do domicilio, e de os isentar da acção das leis e jurisdicções locais, para tornar applicaveis as leis nacionaes e dar competencia ás jurisdicções do seu país. O regimen das capitulações é assim um regimen juridico de *concessão* aos estrangeiros dos *direitos publicos* sufficientes para a garantia da personalidade individual e de *reconhecimento* da personalidade das leis e das jurisdicções na medida necessaria para a pratica das relações de direito privado e para a administração da justiça civil ou criminal. É aos agentes diplomaticos e aos consules que está confiada a defesa das regalias dos estrangeiros consignadas nas capitulações e são os tribunaes consulares que em geral administram justiça aos estrangeiros, embora em alguns casos com restricções em favor das justicas locais e em alguns países em concorrência com jurisdicções mixtas, como teremos occasião de ver².

82. Segundo dissemos acima, a nacionalidade, como ele-

¹ Citado por WEISS, *ob. cit.*, pag. 554.

² RAUSAS, *Le régime des capitulations*, tom. 1, pagg. 2 e 133 e segg.

mento de diferenciação entre nacionaes e estrangeiros, tinha, entre outras, a vantagem de habilitar a conhecer a situação dos individuos quanto á determinação dos seus direitos, sendo differente, como é, a condição dos nacionaes da dos estrangeiros e podendo até ser diversa a situação dos estrangeiros de differente nacionalidade, o que acontecerá, por exemplo, no caso de se admittir o principio da reciprocidade na concessão dos direitos civis ou de, em tratados, se concederem aos nacionaes de certo estado direitos de que não goza a generalidade dos estrangeiros. Sendo assim, a falta da nacionalidade ou a accumulção de duas nacionalidades determinam a necessidade de determinar qual a condição 1.º) dos individuos sem patria, e 2.º) daquelles que tenham mais que uma patria.

1.º) Os *heimathlosen*, rigorosamente, não são nem nacionaes nem estrangeiros e porisso podia parecer que nem lhes pertencem os direitos duns nem os dos outros e que porisso são inteiramente privados de garantias juridicas. Comtudo, a sua qualidade de homens é sufficiente para lhes dar um logar na communiidade juridica internacional e por isso se lhes conferem os direitos publicos e privados do país onde elles se encontrem, assegurando-se-lhes assim o respeito e o desinvolvimento da sua personalidade.

Todavia, como deixamos dicto, o individuo só deverá considerar-se em geral *heimathlos* quando nunca tenha tido nacionalidade ou quando esta não possa determinar-se, pois, na hypothese de já ter tido uma nacionalidade que perdeu, deve considerar-se como cidadão do estado a que já pertenceu, para lhe reconhecer direitos eguaes aos nacionaes desse estado. Isto, bem intendido, fóra de tal estado, pois lá obsta a semelhante solução o character de ordem publica das leis attributivas da nacionalidade.

2.º) A hypothese duma dupla nacionalidade deve ser consi-

derada α) sob o ponto de vista dos direitos e deveres do cidadão qua-tal, β) e sob o ponto de vista dos direitos privados.

α) O primeiro ponto de vista interessa simplesmente aos estados de que o individuo seja cumulativamente cidadão. Em cada um desses estados terá elle o gozo dos direitos de cidadão e supportará os encargos correspondentes, como o serviço militar. Mas, porque não pode desempenhar-se cumulativamente desses encargos, a sua condição dependerá então do país em que se encontrar. Terá assim os direitos e deveres de nacional de cada um dos estados, o que fará pesar sobre elle a responsabilidade do não cumprimento dos seus deveres de cidadão dum ou doutro estado, e o collocará numa situação irreductivel e contraria á regularidade das relações internacionaes. É uma situação incompreensivel e irreductivel que põe em evidencia a necessidade da unidade de nacionalidade como condição de regularidade das relações internacionaes e que os estados deveriam evitar pela approximação das suas legislações sobre a attribuição da nacionalidade.

β) O segundo aspecto interessa a todos os estados, mas nem em todos a situação será egual.

Em qualquer dos estados de que o individuo seja nacional, terá naturalmente os direitos privados attribuidos a todos os cidadãos e estará sujeito ás leis geraes que regulam as relações juridicas dos mesmos cidadãos. Porque as regras que em cada estado determinam os modos de adquirir a qualidade de cidadão são preceitos de ordem publica, os individuos que segundo essas regras devam considerar-se cidadãos, como taes serão tidos pelos tribunaes para a determinação dos seus direitos.

Em qualquer outro estado, terá os direitos pertencentes aos estrangeiros subditos do estado de que os tribunaes locais devam considerá-lo nacional, e a nacionalidade deverá fixar-se em harmonia com os principios acima estabelecidos.

DIVISÃO II

Estrangeiros privilegiados ¹

SUMMARIO: — 83. Especies de privilegios concedidos aos estrangeiros. Privilegios convencionaes e privilegios legaes. — 84. Privilegios funcionaes. Isenções concedidas aos chefes de estado. — 85. Prerogativas dos agentes diplomaticos. Immunidades diplomaticas. — 86. Prerogativas e immunidades consulares.

83. Podem certos estrangeiros ter uma situação jurídica *privilegiada* — 1.º) ou por virtude de tratados concluidos entre a sua nação e o estado local, — 2.º) ou por força duma disposição da legislação local que subordine certos favores a determinadas condições que realmente se verificam, — 3.º) ou em razão de uma qualidade á qual os usos internacionaes, consagrados ou não em tratados, confirmam determinadas prerogativas.

1.º) *Privilegios convencionaes*. Para além do limite minimo que determina os direitos que o estado deve conceder aos estrangeiros para que elles possam praticar com segurança o commercio internacional de ordem privada, pode o estado, mediante tratados concluidos com outros estados, crear uma situação jurídica mais favoravel para os subditos dos contra-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. i, pag. 406, e tom. ii, pagg. 56 e 110; RIVIER, *Droit des gens*, I, pagg. 413, 475 e 538; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 253, 268 e 407; BONFILS, *ob. cit.*, n.ºs 632, 684, 753 e 779; ROLIN, *ob. cit.*, I, pagg. 182 e segg.; *Annuaire de l'Institut de droit international*, tom. xi, pagg. 347, 394 e 408, vol. xii, pagg. 260 e 275, vol. xiv, pag. 203, e vol. xv, pag. 272; NYS, *ob. cit.*, tom. ii, pagg. 278, 335 e 394; JORDAN, na *R. D. I.*, 1906, pag. 479; etc.

ctantes, conferindo-lhes direitos que não concede á generalidade dos estrangeiros, como se um estado, que não reconhece em geral o direito de propriedade litteraria aos estrangeiros, reconhece convencionalmente esse direito aos nacionaes de certos estados.

A situação privilegiada pode resultar directamente dos tratados, se ahi se fixam determinadamente os direitos concedidos aos nacionaes dos estados contractantes, ou pode existir por virtude da *clausula da nação mais favorecida*, que, quando inserta um tratado, attribue aos subditos dos contractantes todos os direitos já concedidos ou que o venham a ser aos subditos doutros estados. Mas, baseada em disposições especificas dum tratado ou derivada da clausula de nação mais favorecida, aquella situação deve ser respeitada em razão da fé que é devida ás convenções internacionaes.

2.º) *Privilegios legaes*. A situação privilegiada dos estrangeiros pode tambem provir da existencia de certas condições previstas pela lei local. Assim, se esta lei tornar dependente a concessão de certos direitos aos estrangeiros da condição de estes estarem auctorizados a estabelecer domicilio no país ou da condição de reciprocidade legislativa ou diplomatica, logo que alguma destas condições se realize em relação a determinados estrangeiros, terão estes uma situação privilegiada em face de todos os demais. É o que pode acontecer, por exemplo, na hypothese do art. 578.º do código civil português, que equipara aos auctores portugueses os auctores estrangeiros dos países que equiparem os auctores portugueses aos nacionaes, e bem assim no caso do § unico do art. 76.º da lei de 21 de maio de 1896, que tambem torna dependente de reciprocidade o direito dos estrangeiros residentes fóra de Portugal registarem no reino as suas marcas industriaes ou commerciaes. São casos de situação privilegiada dependente da condição de reciprocidade.

84. 3.º *Privilegios funcionaes.* A situação excepcional dos estrangeiros pode ainda resultar de elles revestirem uma determinada qualidade e desempenharem funcções a que os usos internacionaes attribuem certas prerogativas. É o que de modo especial se dá com os chefes de estado, com os agentes diplomaticos e com os consules, cuja situação procuraremos determinar.

I. **Chefes de Estado.**—O chefe de estado representa a nação, na sua independencia e na sua soberania, perante as nações estrangeiras, e porisso, emquanto se conserva no país, têm direito ás honras condignas com a categoria do estado que representa e deve ser tratado, nas relações com os outros estados, segundo as regras de cortesia e cerimoniaes que traduzam o respeito devido á sua nação, e em país estrangeiro, alem de gosar das honras devidas á dignidade e á independencia do povo que representa, é isento, a certos respeitos, das leis e auctoridades locais, garantindo-lhe os usos internacionaes uma situação privilegiada que traduz a deferencia que, na pessoa dos seus chefes, cada estado deve á soberania dos outros estados.

O gozo de taes honras e isenções não acompanha, porém, os chefes de estado em quaesquer circunstancias, sendo para isso necessario que se verifiquem as seguintes condições: 1.º) ser o chefe de estado reconhecido como tal pelas auctoridades do país em que se encontra; 2.º) não lhe ser prohibida a entrada num territorio estrangeiro; 3.º) não se encontrar em guerra com o governo local; 4.º) não renunciar aos seus privilegios, viajando *incognito*, isto é, como simples particular. O *incognito* não priva, comtudo, os chefes de estado de retomarem a sua qualidade official para, quando necessario, invocarem as suas prerogativas. E é de notar que, desde o momento em que os chefes de estado se apresentem com caracter official e como representantes do seu país, nenhuma differença

se deve ou pode estabelecer entre soberanos ou presidentes, sendo a todos devidas as mesmas honras e os mesmos privilegios. Personificam egualmente a soberania e a independencia dos estados e deve, porisso, ser igual a sua situação nas nações estrangeiras.

As immunidades que a pratica e a doutrina concedem aos chefes de estado referem-se principalmente á jurisdicção fiscal, á jurisdicção policial, á jurisdicção criminal e á jurisdicção civil.

a) *Jurisdicção fiscal.* — Emquanto os estrangeiros em geral estão sujeitos aos mesmos impostos que os nacionaes, os chefes de estado são isentos das contribuições publicas de caracter mais ou menos pessoal, isto é, daquellas que suppõem no contribuinte a qualidade de subdito, ao menos temporario, do estado que as recebe, como acontece, por exemplo, com as capitações, bem como de direitos aduaneiros, em razão de semelhantes contribuições e direitos se considerarem contrarios á dignidade moral dum chefe de estado ou aos deveres de cortesia internacional. Todavia, os impostos que incidam sobre bens que os chefes de estado possuam de modo permanente ou adquiram nos países estrangeiros, como a contribuição predial relativa a predios rusticos ou urbanos e os direitos de transmissão pela aquisição de bens a titulo gratuito ou oneroso, bem como as taxas que representem uma remuneração devida ao estado pelas despesas feitas com certos serviços de interesse geral, taes como as taxas postaes e telegraphicas, são devidos tanto pelos chefes de estado como pelos simples particulares.

b) *Jurisdicção policial e criminal.* — São accordes os escriptores em declarar os chefes de estado isentos do poder policial e da jurisdicção dos tribunaes criminaes dos países estranhos em que elles porventura se encontrem. Funda-se a isenção na independencia de que os chefes de estado devem gosar como

representantes das nações estrangeiras. Contudo, a independência dum chefe de estado em relação á policia local tem por limite a segurança publica, e, porisso, se elle abusa da hospitalidade do estado que o recebe, praticando crimes communs ou políticos de certa gravidade, pode este estado prohibir-lhe maior demora no país, convidá-lo a sair e até conduzi-lo á fronteira, embora com as attentões devidas á sua categoria, e depois pedir, pelas vias diplomaticas, a conveniente reparação ao estado por elle representado, rompendo todas as relações e mesmo usando de represalias, se tal reparação for recusada. Mas isto é o maximo que pode fazer-se, não permitindo as conveniencias internacionaes que nos tribunaes dum estado seja accusado e condemnado o chefe dum outro estado.

c) *Jurisdicção civil.* — De maior importancia pratica é a questão da independencia dos chefes de estado a respeito da jurisdicção civil.

Os auctores antigos sustentavam que os chefes de estado em caso nenhum podiam ser auctores ou reus perante os tribunaes estrangeiros. Este principio absoluto foi, porém, abalado pela jurisprudencia dos differentes países e pela doutrina dos internacionalistas mais modernos, estabelecendo se progressivamente certas distincções que foram reduzindo a termos razoaveis a isenção de jurisdicção civil.

Distinguiram-se naturalmente ás acções em que um chefe de estado fosse *auctor* daquellas em que elle fosse *reu*.

Quanto ás primeiras, intendeu-se que nenhuma razão havia para que um chefe de estado não pudesse demandar os seus devedores perante os tribunaes estrangeiros, reconhecendo-se a competência destes tribunaes para receber as respectivas acções. Mas, admittida esta doutrina, logicamente se concluiu que os mesmos tribunaes eram competentes para condemnar os chefes de estado nas custas quando as acções por elles in-

tentadas fossem julgadas improcedentes e não provadas, bem como para conhecer dos pedidos que, em reconvenção, os reus contra elles deduzissem, e dos recursos a que as mesmas acções pudessem dar logar.

Relativamente ás segundas, tornou-se a incompetencia ou a competencia dos tribunaes estrangeiros dependente da qualidade em que o chefe de estado fosse demandado, estabelecendo a pratica e a doutrina que os tribunaes seriam incompetentes quando um chefe de estado fosse demandado como representante supremo do seu pais e pela pratica de actos relativos ao exercicio da soberania, e que seriam competentes quando fosse demandado como simples particular, pela pratica de actos de character privado.

A ideia de considerar incompetentes ou competentes os tribunaes estrangeiros para receber e julgar as acções intentadas contra os chefes de estado, segundo estes forem demandados como representantes do poder supremo do seu pais ou como pessoas privadas, dominou os trabalhos do Instituto de direito internacional ao estudar esta delicada questão, como se vê do *Projecto de regulamento internacional sobre a competencia dos tribunaes nos processos contra os estados, soberanos ou chefes de estados estrangeiros*, votado na sessão de Hamburgo a 11 de setembro de 1891, onde se diz que são de receber contra um estado ou contra um chefe de estado estrangeiro — *a*) as acções reaes referentes a cousas moveis ou immoveis sitas no territorio, *b*) as acções fundadas na qualidade de herdeiro ou legatario do estado ou soberano estrangeiro numa successão aberta no territorio, *c*) as acções para as quaes o estado ou chefe de estado accete voluntariamente a competencia do tribunal, *d*) as acções referentes a um estabelecimento industrial ou commercial, *e*) as acções derivadas de contractos cuja execução possa pedir-se no estado local, e *f*) as acções de perdas e danos nascidas dum delicto ou quasi delicto praticado no

territorio, — não sendo, porém, nunca de receber as acções resultantes de *actos de soberania*¹.

Assente, pois, que a isenção da jurisdicção civil acaba quando um chefe de estado provoca como auctor ou aceita voluntariamente como reu a competencia dum tribunal estrangeiro, bem como quando contra elle são intentadas acções referentes a factos de caracter privado, deve observar-se que, praticamente, os tribunaes precisam de proceder com toda a prudencia, para evitar a apreciação dos actos de soberania dos chefes de estado e para não crear difficuldades ao governo do seu pais.

A pratica dos estados alarga aos membros da familia e ás pessoas do sequito dos chefes de estado as immunidades a estes concedidas pelo direito internacional. Semelhante pratica constitue, porém, um acto de cortesia e não uma obrigação juridica, pois taes pessoas não representam o poder soberano do seu pais e porisso não ha razão de direito para as isentar das leis e auctoridades locaes.

Embora isentas das leis e auctoridades locaes as pessoas do sequito dos chefes de estado, não podem todavia estes exercer sobre ellas qualquer direito de jurisdicção civil. Quanto aos chefes de estados constitucionaes, que nem no seu pais exercem direitos de jurisdicção, claro é que tambem os não podem exercer em pais estrangeiro, e, quanto aos monarchas absolutos, egualmente os não podem exercer, pela sufficiente razão de que um tal exercicio seria contrario aos direitos da soberania local.

85. II. Agentes diplomaticos.— Com o fim de pôr os agentes diplomaticos em condições de exercerem com efficaz segu-

¹ *Annuaire de l'Institut*, tom. XI, pag. 436, e *Tableau général*, pag. 117.

rança as suas funcções, que podem reduzir-se a tres grupos — 1.º *negociações*, pelas quaes defendam os interesses e direitos do seu país, quer reclamando contra as suas violações, quer procurando regulá-los convenientemente por meio de tratados, 2.º) *informações*, por que ponham o seu governo ao corrente do que se passa no estado local que possa interessar ao seu país, 3.º) *protecção dos nacionaes*, para defesa dos direitos e interesses particulares dos nacionaes que se encontrem no estado local, cercou-os o direito internacional de garantias especiaes, *prerogativas diplomaticas*, que são, fundamentalmente, a inviolabilidade pessoal, e a exterritorialidade ou uma relativa independencia em face das leis, das auctoridades e da jurisdicção local. —

a) *Inviolabilidade*. A inviolabilidade diplomatica consiste na segurança especial com que deve ser garantida a integridade pessoal dos agentes diplomaticos, no país onde exercem as suas funcções, contra quaesquer ataques que possam ferir a sua vida, a sua honra e a sua dignidade. É, porisso, o direito que cabe a esses agentes de obterem das auctoridades locais uma protecção efficaz e completa e que (segundo os termos do art. 3.º do projecto de *Regulamento das immunidades diplomaticas*, votado pelo Instituto de direito internacional na sessão de Cambridge em 1895) obriga os governos junto dos quaes elles são acreditados a absterem-se de toda a offensa, injuria ou violencia, a darem o exemplo do respeito que lhes é devido e a protegê-los, por meio de penalidades especialmente rigorosas, contra toda a offensa, injuria ou violencia da parte dos habitantes do país, de modo que possam exercer livremente as suas funcções ¹.

A inviolabilidade diplomatica representá o meio de corre-

¹ *Annuaire de l'Institut*, tom. xiv, pag. 240.

sponder á legitima esperanza dos estados acreditantes de que os seus enviados serão respeitados, protegidos e defendidos no país da missão, e, porisso, constitue um dos principios mais nitidamente definidos do direito internacional, sendo tão sentida a sua necessidade, que quasi todas as legislações dos povos cultos punem de modo especial as offensas contra os representantes das nações estrangeiras ¹.

Começa a inviolabilidade logo que o agente diplomatico entra no país para onde é enviado e o governo local tem conhecimento de facto da sua missão, e dura emquanto o ministro se conserva nesse país na sua qualidade official, subsistindo mesmo em caso de guerra entre as duas potencias pelo tempo necessario para o mesmo ministro deixar o país.

Mas, durante todo esse tempo, tem a inviolabilidade seus limites, cessando, segundo o pensamento geral dos internacionalistas, nos casos seguintes: 1.º) quando as aggressões contra os agentes diplomaticos são praticadas em legitima defesa das offensas por elles commettidas contra os aggressores; 2.º) quando aquelles agentes voluntariamente e sem necessidade se expõem a um perigo, como num motim, num duello ou numa guerra civil; 3.º) quando os mesmos agentes procedem como simples particulares sujeitos á critica, como se são escriptores ou artistas, comtanto que essa critica não degenerere em ataques contra o seu character publico; 4.º) quando, finalmente, taes agentes pratiquem actos repreensiveis que provoquem, da parte do governo local, medidas de defesa ou de precaução contra elles, como se conspiram contra a segurança do estado junto do qual estão acreditados, sendo, porém, de notar que, salvo nos casos de urgencia extrema, este ultimo estado deve limitar-se a communicar os factos ao governo acreditante, a

¹ Cod. pen. port., art. 159.º

pedir a punição ou remoção do ministro e a mandar cercar de força policial ou militar, se tanto se tornar necessario, a sua residencia para impedir communicações ou manifestações illicitas. Em todos estes casos, a inviolabilidade diplomatica cede ás exigencias do direito commum ou ás necessidades da segurança e ordem publica.

Nos termos indicados, a inviolabilidade protege, alem dos agentes diplomaticos, o pessoal official duma legação (secretarios, conselheiros, addidos, chancelleres, interpretes, capellães e medicos) e ainda o pessoal não official e a familia do agente diplomatico. Quanto ao pessoal não official que seja pertencente ao país onde se encontre a missão, propõe o Instituto, e a sua proposta é perfeitamente accetavel, que os seus membros só gosem da inviolabilidade na residencia da missão.

Na logica do seu destino, a inviolabilidade ainda se applica a tudo que é necessario á realização das funcções diplomaticas, como são os papeis e archivos da legação e a correspondencia do ministro.

b) *Exterritorialidade*. Para assegurar aos agentes diplomaticos a necessaria liberdade e independencia no cumprimento do seu mandato, formou-se, com o estabelecimento das legações permanentes, o costume de os isentar em muitos casos das leis e das jurisdicções locaes.

Não tem, todavia, a exterritorialidade, um caracter absoluto, ficando os agentes diplomaticos sujeitos, a certos respeitos, ás leis e jurisdicções locaes, pelo que convem fixar devidamente o ambito da isenção; para medir, com o possivel rigor; o alcance de semelhante garantia diplomatica.

O principio mais geral que domina a doutrina da exterritorialidade é que os agentes diplomaticos conservam, não só a sua nacionalidade, mas ainda o seu domicilio no país a que pertencem e se regem; porisso, pelas leis deste país, sem-

pre que pelo domicilio são determinadas as leis e as jurisdições.

Deste princípio derivam immediatamente os seguintes efeitos, no que respeita á abertura da successão dos agentes diplomaticos, á lei reguladora dos actos juridicos por elles praticados no seu interesse pessoal ou relativamente aos seus nacionaes, e á nacionalidade dos seus filhos nascidos durante o exercicio da missão: 1.º) a successão abre-se no domicilio dos ministros, não tendo as auctoridades locais o direito de intervir nos actos concernentes á conservação e á attribuição da herança; 2.º) os actos juridicos praticados pelos agentes diplomaticos ou na sua qualidade official ou no seu interesse pessoal são validas desde que se harmonizem com as formalidades da lei do país que representam, como o seriam actos da mesma natureza praticados no seu país, não estando sujeitos ao principio geral de direito internacional privado que regula a forma externa dos actos juridicos — *locus regit actum*; 3.º) os filhos dos agentes diplomaticos nascidos no país onde elles estão acreditados são considerados como nascidos no país natal de seus paes, não se lhes impondo a nacionalidade *jure soli* ⁴.

Alem destas, outras importantes isenções foram attribuidas aos agentes diplomaticos pelo direito internacional, isenções que constituem propriamente o systema das *immunitates diplomaticas* e que vamos analysar.

1.º) *Immuniçãe local*. — Por immuniçãe local entende-se a franquia da casa da legação e suas dependencias, que consiste em nenhum representante da auctoridade territorial, agente policial ou official publico, ali poder entrar ou praticar quaesquer actos sem o consentimento do agente diplomatico.

Tem, porém, a immuniçãe local certos limites, determinados pelo direito de conservação do estado local. Os agentes diplomaticos devem respeitar as leis do estado, não podem estorvar a acção da justiça, e, porisso, se houver certeza ou le-

gitima suspeita de que um crime foi commettido na casa duma legação ou que ali se refugiaram criminosos, pertencendo a punição do crime ou a accusação dos criminosos ás jurisdicções territoriaes, pode a auctoridade local pedir a entrega do criminoso ou criminosos e, se a entrega é recusada e a diligencia é de extrema urgencia, fica aquella auctoridade com o direito de entrar na legação, procurar e prender os criminosos, devendo, comtudo, o ministro dos negocios estrangeiros communicar immediatamente o acontecido ao governo do respectivo agente, com as explicações e justificações necessarias. Não havendo extrema urgencia, será a entrega dos criminosos pedida pelas vias diplomaticas e, só depois de esgotado este recurso, poderá a auctoridade local entrar á força na legação, sendo-lhe, comtudo, permittido mandar vigiar e guardar a legação para evitar a evasão dos criminosos.

Não possuem, pois, os agentes diplomaticos o *direito de asylar* criminosos nas suas legações, direito que aliás lhes era reconhecido no seculo xvii e ainda no seculo xviii, quando se tinha da exterritorialidade uma concepção demasiadamente ampla e literal, mas que hoje se não comprehende, pois não é evidentemente necessario como garantia do exercicio das funções diplomaticas e prejudica claramente o estado local na sua necessidade de repressão penal. Esta privação do direito de asylo não obsta, porém, a que os agentes diplomaticos possam dar refugio nas suas legações e recusar-se a entregar os homens politicos que, por occasião de perturbações civis ou revoluções interiores, são perseguidos pela furia popular ou pelos seus adversarios politicos. Reduzido a estes termos, é o direito de asylo justificado por manifestas razões de humanidade, admittido por muitos escriptores e invariavelmente respeitado na Europa e na America.

A immuniidade local protege, além da casa da legação e suas dependencias, a carruagem do ministro e a habitação dos

membros do pessoal official. O mesmo já não acontece com a residencia do pessoal não official, quando este viva fóra da legação.

2.º) *Immuniidade de jurisdicção policial e criminal.* No systema de garantias dos agentes diplomaticos entra a sua isenção da acção da policia local. Não significa isto que elles estejam dispensados das leis e regulamentos de policia, mas sim que, em caso de contravenção, em vez de perseguidos pela auctoridade policial, só podem ser advertidos convenientemente pelo ministro dos negocios estrangeiros. No caso de persistencia na contravenção, queixar-se á este ministro ao governo do ministro contraventor e, havendo perigo imminente para a segurança e ordem publica, pode a policia intervir immediatamente e tomar as providencias necessarias para afastar esse perigo.

Complemento da immuniidade de jurisdicção policial é a immuniidade de jurisdicção criminal, pela qual os agentes diplomatico, são isentos da acção da justiça local e só podem ser processados e julgados pela justiça do seu país.

Esta immuniidade é geral e absoluta. Geral, emquanto abrange todas as infracções, seja qual for a sua gravidade e natureza; absoluta, no sentido de que não podem os agentes diplomaticos renunciá-la, sendo a renuncia permittida apenas aos estados acreditantes, já que é por interesse seu que aos seus representantes se concedem as immuniidades diplomaticas.

A immuniidade de jurisdicção criminal não envolve a impuniidade dos agentes diplomaticos. Significa simplesmente que a sua responsabilidade só pode tornar-se effectiva perante as auctoridades do seu país e que a punição merecida e as reparações a exigir se tornam um negocio de character internacional. O governo local reclama pelas vias diplomaticas o castigo e as reparações convenientes e o estado acreditante não pode recusar-se a proceder devidamente contra o agente delinquente.

Como estão isentos de ser julgados pelos tribunaes locais, os agentes diplomaticos estão igualmente isentos de ser intimados a comparecer como testemunhas perante esses tribunaes. O maximo que poderá pedir-se-lhes será que enviem o seu depoimento por escripto ou que se prestem a depôr na casa da legação. Se elles se recusam, nenhum meio ha para os obrigar, e a recusa tornar-se-á até obrigatoria quando os respectivos governos os não auctorizem a depôr.

3.º) *Immuniidade de jurisdicção civil.* Os agentes diplomaticos estão isentos da jurisdicção civil do estado local, não podendo, em principio, ser demandados para quaesquer acções civeis ou commerciaes perante os tribunaes locais.

A immuniidade de jurisdicção civil não reveste caracter absoluto, comportando, ao contrario, algumas excepções, que passamos a indicar em harmonia com a doutrina e com a pratica internacional.

1.º) Em primeiro lugar, a isenção cessa quando os agentes diplomaticos acceitam voluntariamente, por um modo expresso ou tacito, a competencia dos tribunaes locais. Isto pode acontecer em dois casos: ou quando o agente diplomatico demanda alguem perante as justicas territoriaes, intendendo-se então que renuncia á sua immuniidade e, porisso, pode ser accionado em reconvenção; pode ser demandado pelas custas do processo quando vencido e deve sujeitar-se á jurisdicção dos tribunaes superiores quando vencedor e o réo leve recurso, regras estas que se inspiram na necessidade de não scindir a unidade e a harmonia dos julgamentos, o que aconteceria se elles fossem proferidos parte num estado e parte noutra e com a applicação de normas diversas, não só de processo, mas ainda de direito substantivo; ou quando o mesmo agente é demandado perante os tribunaes locais e claramente reconhece a jurisdicção desses tribunaes, respondendo aos termos da acção.

2.º) Depois, não pode a immuniidade ser invocada contra

as acções, tanto de propriedade como de posse, relativas aos bens immoveis que os agentes diplomaticos possuam no territorio do país onde exercem a sua missão ou sobre os quaes tenham algum direito real.

3.º) Cessa, em terceiro lugar, a immuidade em relação aos bens moveis que os agentes diplomaticos possuam, não como representantes do seu governo para o exercicio da sua missão e para as suas necessidades ou para as de sua familia, mas a titulo particular e que, por exemplo, elles tenham como commerciantes, industriaes, auctores litterarios ou artistas, os quaes cáem sob o imperio do direito commum. A distincção apontada, embora ainda contestada por alguns escriptores e rejeitada por alguns tribunaes, tem prevalecido nas tendencias theoricas e praticas.

4.º) A isenção de jurisdicção cessa, finalmente, quanto aos compromissos e obrigações contraídas pelos agentes diplomaticos no exercicio duma profissão, como a industria ou o commercio, a que elles se entreguem concorrentemente com o exercicio das suas funcções diplomaticas. Esta nova distincção tambem não é apoiada pelo suffragio de todos os escriptores, nem seguida pela jurisprudencia de todos os tribunaes, pela razão de que é difficil distinguir as obrigações contraídas no exercicio duma profissão de quaesquer outras, de que a distincção deveria ser feita por um tribunal parcial, e de que com ella se comprometteria a independencia dos agentes diplomaticos; tende, comtudo, a prevalecer, pelos motivos de que as immuidades diplomaticas não foram creadas para privilegiar empresas e de que, se é por vezes difficil, é quasi sempre possivel, e, em muitos casos, relativamente facil, determinar os compromissos derivados do exercicio duma profissão, sendo formalmente acceita pelo Instituto de direito internacional, no citado projecto de regulamento das immuidades diplomaticas (art. 16.º, n.º 1.º).

A immuniidade de jurisdicção civil verifica-se nas duas phasas da acção judiciaria, a phase declaratoria, ou a destinada á definição do direito, aquella de que temos fallado, e a phase executoria, ou a tendente á realização coactiva dum direito já certo, a que nos vamos referir agora.

A isenção da acção judiciaria, na sua phase executiva, consiste na protecção dos agentes diplomaticos contra os processos de execução dos seus bens. Todavia, tambem nesta phase da acção judiciaria a immuniidade tem limitações, reduzindo-se áquelles bens que os agentes diplomaticos possuem na sua qualidade de ministros publicos é que servem para o exercicio das suas funcções diplomaticas, entrando todos os outros, isto é, os que elles possuem como simples particulares, no dominio do direito commum.

Semelhante distincção é, porém, duma applicação delicada. Não havendo duvidas relativamente aos immoveis, pois é opinião geral que deve considerar-se insequestravel apenas a habitação dos agentes diplomaticos e devem estar sujeitos á execução quaesquer outros immoveis, ja se levantam difficuldades quando se trata de applicar a regra aos bens mobiliarios.

Para as resolver, pensam alguns escriptores que o mais razoavel seria formular a distincção apenas dum modo geral e deixar á livre apreciação dos tribunaes a solução das questões de facto a que ella possa dar logar. Esta doutrina parece-nos accetavel, pois que o criterio experiente e justo dos julgadores saberá distinguir, em face das circunstancias especiaes de cada caso concreto, entre as cousas que têm ou deixam de ter relação com o character publico dos agentes diplomaticos. Em todo o caso, sempre observaremos, com PRÉDRIÈVRE, que pode circumscrever-se um pouco o arbitrio judicial, dando á distincção uma formula concreta, que, dum modo geral, oriente as resoluções dos tribunaes. E a formula que, a exemplo daquelle

escriptor, adoptaremos, como a que mais se approxima da verdade, será a de se considerarem inseqwestraveis todos os moveis que se encontrem na residencia official do ministro e se tenham como capazes de execucao os que estejam fóra dessa habitaçao, á excepcao daquelles que tenham relaçaõ directa com o seu character publico e com as necessidades da sua representaçao, como sãõ as suas bagagens e as suas equipagens. E assim, serãõ susceptiveis de penhora os moveis que servem para a exploraçao das propriedades rusticas dos ministros, os rendimentos dessas propriedades, os seus creditos, á excepcao dos seus vencimentos, os valores depositados em estabelecimentos de credito publico e, em geral, todos os objectos por elles possuidos para o exercicio duma profissao que accumulem com a missao diplomatica.

A immuniidade de jurisdicçao civil é completada pela dispensa de depor em juizo, podendo apenas pedir se pela via diplomatica e sem character algum coactivo, que um ministro envie informaçoes por escripto ou preste o seu depoimento na casa da legaçao.

4.º) *Immuniidade de jurisdicçao fiscal.* As immuniidades que temos apontado sãõ geralmente consideradas como condiçoes do exercicio das funcçoes diplomaticas, e porisso tidas como verdadeiros preceitos de direito internacional. Alem dellas, outras sãõ ainda concedidas aos agentes diplomaticos, as quaes, nãõ se concebendo como exigencias do direito diplomatico, se lhes attribuem como prerogativas de cortesia e, como taes, variam a bel-prazer dos diversos estados. Sãõ taes prerogativas a isençao de impostos e o direito de culto domestico.

Relativamente á isençao de impostos, a regra mais geral é que os agentes diplomaticos devem ser isentos das contribuiçoes cujo pagamento suppõe no contribuinte a situaçao de subdito do estado que as lança e cobra. Em virtude deste prin-

cipio são elles, geralmente, isentos dos impostos pessoaes directos ou capitações, das taxas sumptuarias, do imposto sobre o capital ou sobre o rendimento e das decimas de guerra. São ainda isentos dos direitos de alfandega relativamente aos objectos destinados ao seu uso pessoal. Quanto a estes direitos seguem os estados um principio de reciprocidade e, para evitar abusos que, com a concessão de tal regalia, se tornaram frequentes, adoptam a pratica de exigir justificações especiaes.

Fóra, porém, destas isenções fiscaes, os agentes diplomaticos, pagam, como todos os outros individuos, salvas dispensas convencionaes ou legaes especiaes: o imposto predial sobre os immoveis que possuam no país local; os impostos indirectos que recaíam sobre os objectos de consumo que elles comprem no mesmo país; os direitos que têm o caracter duma remuneração devida ao estado, ao municipio ou a particulares por objectos de uso ou por serviços de que os agentes aproveitam, taes como portagens de pontes, taxas postaes, taxas telegraphicas, taxas de caminhos de ferro, etc.; impostos de transmissão ou contribuição de registo a titulo gratuito ou oneroso; os direitos de sello e registo pelos actos a elles sujeitos e estranhos á sua missão official; finalmente, as contribuições e taxas municipaes impostas aos habitantes como taes. A casa da legação pertencente ao agente diplomatico ou ao seu estado só por convenção especial estará isenta do imposto predial.

5.º) *Direito de culto doméstico.* Os agentes diplomaticos têm, segundo o costumê geral, o direito de praticar na casa da legação o culto da sua religião e a destinar para esse fim uma capella com o pessoal necessario ao serviço. Mas, salvos usos especiaes ou a auctorização do governo local, a capella particular dos agentes diplomaticos deve ser apenas frequentada por elles, pelas pessoas do seu sequito e pelos seus nacionaes, assim como devem ser evitadas todas as manifestações

exteriores, como a forma exterior de capella, o toque de sinos, etc.

Na capella da legação pode o respectivo capellão praticar todos os actos do seu ministerio, produzindo esses actos, em relação ao pessoal da legação, os efeitos que lhes forem attribuidos pela legislação do estado representado.

As immuniidades diplomaticas aproveitam a todos os enviados, sem distincção de classes ou de titulos.

Mas, alem dos ministros publicos, o uso geral concede as immuniidades diplomaticas a todo o pessoal official e não official, com a reserva apenas, estabelecida por um grande numero de auctores, de que os membros do pessoal não official sejam nacionaes do estado acreditante, ou de que, pertencendo ao estado local, só sejam protegidos por aquellas immuniidades na casa da legação.

Mas será justificado este systema de immuniidades tanto no seu numero como na sua amplitude a todo o pessoal diplomatico ?

Apreciando a questão dum modo geral, facilmente se verifica que a dominam dois principios fundamentaes: *a)* que os agentes diplomaticos devem ter as garantias necessarias para desempenhar com segurança o seu mandato e que, porisso, as immuniidades diplomaticas serão legitimas quando indispensaveis para condicionar aquelle grau de segurança, e sê-lo-ão só até ao ponto em que devam constituir um coefferiente da independencia dos ministros estrangeiros e só até ao tempo em que, sem ellas, a esses ministros seja possivel exercer desassombradamente as suas funcções; *b)* que aos representantes dos estados devem ser concedidas aquellas prerogativas que, sem involucrerem um prejuizo para o estado local, appareçam como um meio de satisfazer as exigencias da communiidade internacional. E, sendo assim, deverá considerar-se scientificamente

legitimo o systema actual das immuniidades diplomaticas? Não é esse o nosso juizo e, porisso, diremos, em relação a cada uma das immuniidades, em que ellas, a nosso pensar, se ajustam ou se desviam daquelles dois principios.

A immuniidade local representa um producto da natureza das legações, as quaes são officios dos estados representados; destinados á realização dos serviços das missões diplomáticas, cuja direcção e funcionamento não devem ser perturbados pela acção das auctoridades locais, e, porisso, a não ser em casos de extrema urgencia para a captura de criminosos, pensamos que ella tem um fundamento legitimo, desde que seja restricta á casa da legação e suas dependencias, não devendo abranger a residencia do pessoal diplomatico que habite fóra da legação, á qual basta a garantia das leis locais de segurança publica.

Relativamente á immuniidade de jurisdicção, intendemos que os agentes diplomaticos e todo o pessoal das legações deveriam, nos estados civilizados, estar sujeitos ás jurisdicções locais nos termos geraes de direito, dadas as garantias que nesses estados offerece a organização da justiça, dada a independencia dos tribunaes e dado ainda o respeito geral pelos direitos dos estrangeiros. Quando muito, poderia exigir-se que os ministros e os seus substitutos eventuaes fossem julgados pelos seus factos criminosos num alto tribunal de justiça, para, em certo modo, respeitar a elevação da sua categoria e afastar qualquer suspeita de prevenção contra elles existente.

A immuniidade de impostos pessoaes deve ser concedida a todos os funcionarios diplomaticos, como um acto de equidade e de cortesia que não lesa ninguem, não se compreendendo mesmo que um estado procure beneficios sob a fórma de impostos lançados a estrangeiros que se encontram no seu territorio em virtude duma missão do seu governo. Eguualmente, o

direito de culto domestico representa um meio de respeitar os sentimentos religiosos e a liberdade de consciencia dos agentes diplomaticos e do seu pessoal e, porisso, exigem claramente os preceitos de boa cortesia internacional a sua conservação.

Para concluir, notaremos que um forte movimento de reacção se manifesta contra as immunidades diplomaticas, que se dá uma decidida tendencia para a sua limitação, e que, como escreve DESPAGNET, ha de chegar-se porventura até ao ponto de sujeitar os agentes diplomaticos á jurisdicção local relativamente a todos os processos que lhes digam respeito, embora seja sempre mantida a sua inviolabilidade pessoal.

III. Consules. — Ao lado dos agentes diplomaticos, que representam as nações dum modo geral e no conjuncto dos seus interesses como pessoas soberanas e independentes, determinaram as relações internacionaes o apparecimento dos *consules*, a quem foi attribuida a missão de representarem as mesmas nações no que especialmente respeita aos interesses economicos e sociaes e á protecção dos subditos que se encontrem em pais estrangeiro.

E para que os consules pudessem desempenhar com segurança e liberdade as suas attribuições, foram-lhes reconhecidas pelo direito internacional certas prerogativas e isenções adequadas á salvaguarda da sua missão.

Tacs prerogativas variam, porém, muito dos países que fazem parte da communiidade internacional, para os países que ainda estão fora dessa communiidade, pelo que convem considerar separadamente a situação dos consules naquelles ou nestes.

a) *Prerogativas dos consules nos países que fazem parte da communiidade internacional.* As prerogativas dos consules nestes países referem-se ás seguintes immunidades:

1.º) *Inviolabilidade pessoal.* Os consules são encarregados duma função publica pelo governo que os nomeia e são rece-

bidos nessa qualidade pelo governo local e porisso deve ser-lhes assegurada por este governo a garantia da sua integridade pessoal e uma completa liberdade no desempenho do seu mandato.

Esta garantia constitue a inviolabilidade consular, que impõe ao estado local o dever de proteger os consules contra as offensas dos seus subditos, punindo estes como os puniria pelas offensas commettidas contra os funcionarios publicos nacionaes. Este dever é assumido tacitamente pelo governo local ao receber os consules enviados pelos outros governos e o seu não cumprimento representa uma falta mais ou menos grave, segundo a categoria do agente consular, ao respeito que os estados mutuamente se devem e provocará naturalmente um movimento de legitima reacção por parte do estado desrespeitado na pessoa dos seus funcionarios consulares.

2.º) *Inviolabilidade dos archivos consulares.* A inviolabilidade consular protege tambem os archivos do consulado, isentando-os todos os estados, á excepção da Inglaterra, do exame ou sequestro pelas auctoridades locais. Todavia, para bem definir esta isenção e evitar todas as difficuldades, determinam, em geral, as convenções consulares que os papeis da chancellaria consular devem estar completamente separados dos papeis e livros referentes ao commercio ou á industria por acaso exercidos pelos consules ¹.

Deve ainda dizer-se que muitas convenções põem ao abrigo da acção das auctoridades locais a casa do consulado ou chancellaria, e até algumas a habitação dos consules, mas em caso algum é concedido a estes o direito de asylo.

3.º) *Immuniidade de jurisdicção criminal.* Ao contrario do que acontece com os agentes diplomaticos, não gosam, em

¹ Regulamento consular portuguez de 24 de dezembro de 1903, art. 17.º

principio, os consules da immuniidade de jurisdicção criminal, devendo considerar-se sujeitos aos tribunaes locais sempre que convencionalmente disso não sejam isentos.

É, todavia, certo que um grande numero de convenções lhes concede aquella immuniidade no caso de delictos menos graves, ou nos casos de delictos e contravenções segundo os codigos penaes de typo francês, para só os sujeitarem ás justicas locais nos casos de delictos graves, ou nos casos de crimes segundo aquelles codigos. Mas, dentro de taes limites, é a immuniidade geralmente restricta aos consules que sejam subditos do país que os nomeia e negada aos consules subditos do estado de residencia.

Quando os consules estão sujeitos á justiça territorial, é costume observado em toda a parte não os prender ou perseguir criminalmente, fóra dos casos de flagrante delicto, antes de lhes ser retirado o *exequatur* (auctorização por que o estado local consente aos consules o exercicio do seu cargo), quer sejam subditos locais, quer sejam cidadãos do estado que os nomeia, substituindo-se até muitas vezes, neste segundo caso, a perseguição perante os tribunaes locais pela expulsão do territorio.

4.º *Immuniidade de jurisdicção civil.* É principio geralmente admittido e praticado que os consules estão sujeitos á acção dos tribunaes locais tanto em materia civil como em materia commercial, não se considerando a immuniidade de jurisdicção civil ou commercial necessaria ao exercicio das suas funcções. Este principio não prejudica, porém, a isenção dos consules da jurisdicção civil local relativamente a todos os actos por elles praticados na sua qualidade official e dentro dos limites dos seus poderes, pois que esses actos são a manifestação publica da vontade do seu governo e este não poderia ser submettido a um poder estranho. A regra é, assim, que os consules estão sujeitos á jurisdicção civil local por todos os actos da sua vida não official.

São, porém, os consules dispensados por numerosos tratados da obrigação de comparecer como testemunhas perante as justicas territoriaes, tanto civis ou commerciaes como criminaes. Não significa, comtudo, isto que elles não devam prestar á justiça as declarações que esta julgue necessarias, mas que o seu depoimento só pode ser tirado no seu domicilio ou que só por escripto lhes podem ser exigidas as suas declarações.

5.º) *Immuniidade de jurisdicção fiscal.* Como prerogativa de cortesia, é concedida aos consules a isenção de certos impostos e, em geral, dos impostos pessoaes directos ou capitações, das taxas sumptuarias, do imposto sobre o capital ou sobre o rendimento e das decimas de guerra. Esta isenção não aproveita, porém, aos consules que sejam subditos do país onde residirem ou que ali exerçam o commercio ou alguma industria, os quaes são equiparados, para os effeitos tributarios, a quaesquer outros particulares.

6.º) *Direitos honorificos.* Os consules têm o direito honorifico de collocar sobre a porta exterior do consulado o escudo de armas da sua nação, com a respectiva legenda, de arvorar a bandeira do seu país na casa consular nos dias de festas publicas, religiosas ou nacionaes, bem como de arvorar a mesma bandeira no escaler que os conduzir nos portos da sua jurisdicção para o desempenho das funcções do seu cargo ¹.

b) *Prerogativas dos consules nos paises que estão fóra da communidade internacional.* São mais numerosos nestes paises que nos paises christãos os privilegios e as prerogativas dos consules, podendo dizer-se que, sob esse ponto de vista, são elles ahi equiparados aos agentes diplomaticos. A differença de costumes, de religião e de constituição politica e social dos

¹ Reg. cons., art. 16.º

povos de civilização não europeia explica a diversidade de situação. Podem resumir-se assim as suas prerogativas:

1.º) A sua pessoa é inviolavel e não podem ser, por motivo algum, capturados ou conservados em prisão.

2.º) A sua casa é um asylo inviolavel, não podendo ninguem introduzir-se ahi á força, e não tendo nenhuma auctoridade local o direito de ahi praticar o menor acto de jurisdicção. Em alguns países, como em Marrocos e na Persia, os consules recebem gratuitamente do soberano uma casa para estabelecerem a sua habitação e os seus archivos; em outros, como na Syria, não podem estabelecer-se senão num bairro determinado da cidade, chamado *bairro franco*, isolado e independente, mas inteiramente protegido pela bandeira do seu país; e, no Levante e nos estados barbaricos, têm direito, no interesse da sua segurança e para realce do seu cargo, a uma guarda de honra composta de janizaros, que são fornecidos pela auctoridade local, embora pagos por elles, estão alojados em sua casa e submettidos á sua auctoridade exclusiva.

3.º) Estão isentos, com a sua familia e com o seu pessoal official ou não official, da jurisdicção territorial, tanto civil como criminal.

4.º) São isentos de todos os tributos, de todos os impostos locais directos ou indirectos e, dum modo geral, de todos os encargos pessoaes.

5.º) Têm o direito de praticar o seu culto na casa consular, de ahi estabelecer uma capella e de empregar no serviço religioso ministros da sua religião.

A maior parte destas immunidades baseiam-se em capitulações, outras assentam sobre um longo uso, e todas tendem a garantir a liberdade e segurança dos consules como funcionarios ou como homens.

DIVISÃO III

Estrangeiros operarios ¹

SUMMARIO : — 87. Formação do direito internacional operario. Suas manifestações fundamentaes : regulamentação internacional do trabalho; determinação da situação jurídica dos operarios estrangeiros. — 88. Situação dos operarios estrangeiros em face das leis de protecção do trabalho e dos seguros sociaes. — 90. Os operarios estrangeiros e os accidentes de trabalho.

87. A attenção crescente que a vida operaria mereceu aos homens de sciencia e aos legisladores traduzida no progressivo desinvolvimento do *direito operario*, o receio de que as leis protectoras do trabalho, quando promulgadas por um estado isoladamente, se repercutissem no custo da producção e influissem na concorrência industrial dos povos modernos, a emigração dos trabalhadores e como consequência a necessidade de definir a situação jurídica dos operarios estrangeiros, a protecção natural que aos estados merecem os seus nacionaes que procuram trabalho em país estrangeiro, a solidariedade desinvolvida entre os operarios dos diversos estados, e os continuos progressos do direito internacional, deram aspecto juridico internacional ás questões do trabalho, conduzindo naturalmente os estados a regular as suas relações respeitantes aos

¹ REYNAUD, *Droit international ouvrier*, Paris, 1906; MESNAUD DE SAINT PAUL, *ob. cit.*; PIC, *Legislation industrial*, pagg. 99 e segg., e na *R. D. I. Pr. e D. Pen. Int.*, 1905, pagg. 259 e segg.; *Rev. cit.*, pagg. 233 e segg., e 1906, pagg. 798 e segg.; *R. D. I. P.*, 1905, pagg. 565 e segg.; *R. D. I.*, 1890, pagg. 5 e segg., e 1904, pagg. 296 e segg.; *Rivista di diritto internazionale*, 1906, pag. 379.

interesses do operariado e produzindo o apparecimento do *direito internacional operario*.

Esta nova formação jurídica veio completar a missão do direito operario interno sob o duplo ponto de vista da *a)* internacionalização da protecção legal dos trabalhadores e da *b)* determinação da situação jurídica dos operarios estrangeiros.

a) Os estados modernos sentiram intensamente a necessidade regulamentação do trabalho industrial e da protecção legal dos trabalhadores e, porisso, apesar das divergencias das escolas economicas, decidiram-se a intervir na esphera das relações entre patrões e operarios, formularam *leis sociaes* e constituiram o direito operario, destinado a proteger a mão d'obra na produção industrial.

Todavia, porque uma das razões mais fortes formuladas pelos adversarios da regulamentação do trabalho era derivada do perigo que a regulamentação isolada dum estado podia fazer correr aos industriaes desse estado, postos assim numa situação de inferioridade em relação aos industriaes dos países sem tal regulamentação, appareceu a ideia de internacionalizar, mediante accordos diplomaticos, as leis operarias, pela generalização e, até onde fosse possivel, uniformização da protecção legal dos trabalhadores, para o effeito de corrigir a influencia que a regulamentação do trabalho pudesse exercer na concorrência internacional e aplanar a difficuldade que essa influencia pudesse oppor áquella regulamentação.

Com effeito, desde ha perto dum seculo que economistas de escolas differentes vêm reclamando uma legislação internacional do trabalho. Esta ideia conservou-se, comtudo, por muito tempo no dominio theorico, sendo só em data muito recente que ella começou a traduzir-se em factos.

Em 1881 fez a Suissa a primeira tentativa para reunir uma conferencia dos principaes estados da Europa com o fim de regulamentar as questões do trabalho. A conferencia não che-

gou, porém, a reunir-se. A ideia nova ainda não conseguira no espirito europeu a maturação sufficiente para que se produzisse a convicção de que a internacionalização das leis operarias pudesse ser uma realidade.

No entanto, a corrente vae ganhando terreno, e em 1889 o governo suiso, julgando os espiritos preparados para a obra da regulamentação internacional do trabalho, renovou a iniciativa de 1881, dirigindo ás potencias uma nota circular em que propunha a reunião em Berne duma conferencia diplomatica para o estudo duma *convenção internacional sobre o trabalho das fabricas*. A maior parte dos estados prometteu a sua participação e o conselho federal organizou um projecto de programma dos trabalhos da conferencia, que devia abrir no dia 5 de maio de 1890 e occupar-se do descanso dominical, do trabalho dos menores e das mulheres, da duração do trabalho, e dos meios de executar as medidas adoptadas.

A conferencia não chegou todavia a reunir, pois que o imperador da Allemanha, Guilherme II, que não tinha respondido á circular suissa, se substituiu ao governo helvetico convocando para Berlim, por dois rescriptos de 5 de fevereiro de 1890, uma conferencia diplomatica para o estudo das questões operarias; a qual reuniu a 15 de março, em que estiveram representados treze estados — Allemanha, Austria, Belgica, Dinamarca, França, Hespanha, Hollanda, Inglaterra, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suecia-Noruega e Suissa, e em que se discutiu a regulamentação — 1.º) do trabalho nas minas, emittindo-se o voto de que fosse prohibido ás mulheres e aos menores de 14 annos ou de 12 nos países meridionaes, — 2.º) do trabalho dominical, emittindo-se o voto de que fosse reconhecido, como principio, o descanso dum dia por semana, — 3.º) do trabalho dos menores, emittindo-se o voto de que não fossem admittidos na industria menores de 12 annos ou de 10 nos países meridionaes, que dos 12 até aos 14 annos não trabalhassem

de noite, nem ao domingo, nem mais de seis horas e com um intervallo de pelo menos meia hora, que dos 14 aos 16 não trabalhassem nem de noite, nem ao domingo, que dos 16 aos 18 fossem devidamente protegidos quanto á duração do trabalho, ao trabalho nocturno e ao trabalho ao domingo, e que só com condições e restricções pudessem ser admittidos em trabalhos insalubres ou perigosos, — 4.º) do trabalho das mulheres, emittindo-se o voto de que fossem excluidas do trabalho nocturno, que não trabalhassem mais de 10 horas e com o intervallo de, pelo menos, hora e meia, e de que não fossem admittidas ao trabalho nas quatro semanas seguintes ao parto.

A conferencia limitou-se assim a emittir votos, que começavam pela fórmula — *É desejavel que . . .*, não sendo concluido tratado algum que vinculasse a vontade dos estados e iniciasse a legislação internacional do trabalho.

O insuccesso da conferencia de Berlim foi o resultado das divergencias profundas que então separavam as legislações e do desfavor com que ainda era recebida a doutrina da intervenção do estado na direcção do trabalho, e não significou que fosse uma cousa perdida a regulamentação internacional do trabalho. A situação foi-se modificando, os escrúpulos de intervencionismo desvaneceram-se, as legislações foram-se aproximando nos ultimos quinze annos a ponto de poder dizer-se existente um *direito operario commum europeu*, proveniente ou da commuidade das necessidades a que devem satisfazer as legislações dos países que attingiram um mesmo grau de civilização ou dos esforços dos individuos e das collectividades que, pela sua competencia ou pela função politica, tomam parte directa ou indirecta na elaboração das leis e procuram organizar as instituições juridicas de protecção ao operariado em harmonia com as indicações da legislação comparada e das resoluções dos congressos internacionaes de caracter scientifico ou de propaganda, e assim, sem grande sacrificio

dos conceitos de politica economica ou das legislações nacionais, pôde ser levada a effeito a conclusão de *tratados de trabalho*, que, pela uniformidade ou pela generalização de leis justas de protecção do trabalho, realizem a obra da protecção legal internacional dos trabalhadores.

Este resultado foi preparado por um intenso movimento de iniciativa particular, na qual se viu um precedente necessario da iniciativa official.

Já em 1897 reuniram, quasi ao mesmo tempo, dois congressos, um em Zurich com o nome de *Congresso internacional para a protecção operaria*, formado na sua maior parte de socialistas e christãos sociaes, que reconheceu a necessidade de uma legislação internacional do trabalho e se pronunciou pela criação dum *Officio internacional* destinado a actuar sobre a opinião e sobre os parlamentos e assim preparar o meio para o desinvolvimento da iniciativa official, e outro em Bruxellas intitulado *Congresso internacional da legislação do trabalho*, composto de economistas de todas as escolas, em que prevaleceu a ideia da impossibilidade, pelo menos immediata, da regulamentação internacional do trabalho, mas em que se assentou na utilidade da criação dum Officio internacional de estatística do trabalho, que centralizasse os elementos necesarios á resolução dos problemas da protecção legal dos trabalhadores. O officio proposto pelo congresso de Zurich não se constituiu, pois não foi possível obter a collaboração de tres estados para a sua criação. O officio internacional de estatística foi creado em 1900 em Paris pelo *Congresso internacional para a protecção legal dos trabalhadores*, como uma das instituições da *Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores*, creada pelo mesmo congresso, com a missão de elaborar as bases da legislação social e de aplanar o caminho para o accordo dos estados sobre as questões do trabalho.

A Associação internacional para a protecção legal dos traba-

lhadores tem a sua séde em Basileia e é formada por duas instituições fundamentaes — *Officio internacional do trabalho*, destinado a centralizar os documentos legislativos e estatísticos relativos á classe operaria nos diversos países e a servir de intermediario entre os officios do trabalho nacionaes, e a *Assembleia geral* ou *Congresso*, que deve reunir, em principio, de dois em dois annos, formado de delegados das *secções nacionaes* da Associação e encarregado de preparar os accordos diplomaticos relativos ao trabalho.

Creada em 1900, constituiu-se a Associação na assembleia geral de Basileia de setembro de 1901, e celebrou, pelo menos, dois congressos posteriormente, um em Colonia em 1902, e outro em Basileia em 1904. (1)

No congresso de Colonia foram estudadas duas questões — 1.^a) Regulamentação do trabalho nocturno das mulheres na industria e 2.^a) Regulamentação do emprego dos venenos industriaes (cerusa, outros compostos do chumbo, phosphoro branco). Depois de discutidas na Assembleia geral da associação, foram estas duas questões confiadas, para a sua definitiva resolução, a uma commissão internacional, a qual reuniu em Basileia em 1903 e se pronunciou unanimemente pela reunião, por iniciativa do Conselho federal suisso, dumá conferencia diplomatica em que fossem discutidas e fixadas medidas internacionaes tendentes — 1.^o) a prohibir o emprego dos phosphoro branco na industria dos phosphoros, e 2.^o) a prohibir ou pelo menos a regulamentar apertadamente o trabalho nocturno das mulheres nas fabricas e officinas.

Tomada semelhante deliberação e ainda a instancias da commissão internacional, pediu o Officio da Associação ao Conselho federal suisso, a 16 de setembro de 1903, que convocasse uma conferencia diplomatica, destinada a resolver as duas questões já referidas.

Depois de realizado o congresso de Basileia, em que foram

(1) A associação celebrou um congresso em Genebra em 1905.

examinadas por cinco commissões as questões: 1.^a) Finanças e funcionamento do Officio, 2.^a) Venenos industriaes, 3.^a) Trabalho dos menores, 4.^a) Trabalho no domicilio, 5.^a) Extensão aos operarios estrangeiros do beneficio dos seguros sociaes, em que, em assembleia plenaria, foi discutido o tratado de trabalho franco-italiano de 15 de abril de 1904, de que em breve falaremos, e foram examinadas as resoluções propostas pela commissão internacional, e em que foi emittido um voto no sentido da reunião duma conferencia diplomatica para resolver as questões formuladas pela mesma commissão —, procurou o Conselho federal suisso saber o modo de pensar dos governos europeus sobre a oportunidade da convocação duma conferencia destinada a tomar medidas communs de protecção do trabalho. Diante do acolhimento favoravel dos governos, convocou o conselho federal, por circular de 30 de dezembro de 1904, a conferencia para 8 de maio de 1905. A conferencia reuniu-se em Berne, funcionou até 17 do mesmo mês, e concluiu dois accordos, contendo as bases duma convenção sobre a prohibição do phosphoro branco na industria dos phosphoros, a qual deveria começar a vigorar no 1.^o de janeiro de 1911, bem como as bases duma convenção sobre a prohibição do trabalho nocturno das mulheres empregadas na industria, que deveria começar a vigorar no 1.^o de janeiro de 1907. Os dois accordos foram assignados pela Allemanha, Austria-Hungria, Belgica, Dinamarca, França, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suecia e Suissa.

Apenas se abstiveram a Hespanha, que não tomou parte na discussão, e a Inglaterra, que persistiu em conservar toda a independencia em materia de legislação operaria.

Em face do resultado obtido, logo a 26 de junho de 1905, o Conselho federal, ao mesmo tempo que enviou aos governos as decisões da conferencia, mostrava a necessidade duma noya conferencia para transformar em tratados aquellas decisões e

Comentário
dos em co
reunión
1905
26 de junho
1905

pedia que, na hypothese de os mesmos governos tambem assim o intenderem, lhe communicassem o seu modo de ver quanto ao logar e á data da conferencia diplomatica. As respostas foram notavelmente favoraveis, pois a grande maioria dos estados representados na conferencia de 1905 acceitaram a nova conferencia para a celebração das convenções, pelo que o conselho federal a convocou para setembro de 1906. (1)

Por obra, pois, da transformação das ideias e das legislações sobre o direito operario e mercê do persistente esforço da Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores, a conferencia de Berne pôde converter em realidade a ideia que a conferencia de Berlim de 1890 parecia apresentar como simples utopia, e pôde lançar as bases da legislação internacional do trabalho. Novos problemas serão por certo resolvidos por aquella benemerita associação, novas conferencias diplomaticas ampliarão o numero dos tratados collectivos de trabalho, e assim se irá generalizando com a possivel uniformidade a tão justa protecção legal dos trabalhadores.

Ao lado dos tratados de Berne, importa lembrar o tratado de Roma de 7 de junho de 1905, que creou um *Instituto internacional de agricultura*, assignado por cerca de quarenta estados e que contem medidas de protecção para o trabalho agricola. O tratado foi o resultado duma conferencia diplomatica reunida em Roma de 29 de maio a 6 de junho daquelle anno, por iniciativa do rei de Italia e para a criação dum Instituto internacional que, principalmente, promovesse os interesses geraes da agricultura e a defendesse da acção nociva dos intermediarios. Comtudo, o Instituto tambem deverá indicar os salarios da mão d'obra rural para orientar a emigração entre os diversos países, e estudar a regulamentação internacional dos seguros contra os accidentes agricolas. O Instituto internacional de agricultura poderá, assim, prestar aos trabalhadores ruraes beneficio semelhante ao que a Associação inter

(1) A conferencia reuniu-se a 19 de setembro de 1906 e assignou as convenções a 20 do mesmo mes e anno.

nacional para a protecção legal dos trabalhadores está prestando aos operarios da industria.

Mas ainda outros tratados, embora singulares, inspirados pelo movimento para a internacionalização das leis operarias e resultantes da força de opinião formada pela Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores, devem ser indicados como signal de que a protecção legal dos trabalhadores tende decididamente a assumir um aspecto internacional.

O primeiro e mais notavel do typo bilateral dos tratados de trabalho foi o tratado franco-italiano de 15 de abril de 1904, que procurou definir a situação dos operarios italianos em França e dos francêses na Italia sob os dois pontos de vista da previdencia social e da regulamentação do trabalho. Sobre previdencia social consagrou o tratado soluções mais ou menos definitivas — quanto á *economia voluntaria*, equiparando francêses e italianos relativamente ao direito de depositarem as suas economias nas caixas economicas de Italia ou França, ao direito da transferencia gratuita duma para outra caixa dos valores depositados até á concorrencia de 1:500 francos, e ao direito de reembolso gratuito num dos países dos valores depositados no outro, — quanto á *aposentação operaria*, estabelecendo a admissão dos italianos a constituir em França pensões de velhice e de invalidez e dos franceses a constituí-las em Italia, quando nos dois países forem devidamente organizadas as caixas de aposentações operarias, e dispondo que italianos e francêses receberão integralmente a pensão correspondente ás suas quotas, que se seguirá o principio da reciprocidade quanto á parte da pensão resultante de contribuições patronaes, e que a parte da pensão provinda de subvenções orçamentaes dependerá da apreciação de cada estado e será paga aos seus nacionaes que tenham adquirido direito a uma aposentação no outro país, — quanto aos *accidentes de trabalho*, determinando que os operarios italianos victimas em França daquelles accidentes terão direito ás mesmas indemnizações

que os francezes e reciprocamente, — e *quanto a seguros ou a soccorros contra a falta de trabalho*, prevendo a admissão dos operarios italianos, em França, e dos operarios francezes, em Italia, ao beneficio dos seguros ou soccorros que nos dois países forem auctorizados para acudir a uma tal occorrença da vida operaria. Sobre regulamentação do trabalho limitaram-se, porém, ao compromisso ou promessa de bem cumprir a legislação operaria e a publicar um relatorio annual desinvolvido sobre a applicação das leis relativas ao trabalho de mulheres e menores, declarando o governo italiano que estava na intenção de reduzir gradualmente a duração do trabalho diario das mulheres na industria ¹.

Depois do tratado franco-italiano, importa lembrar o tratado de commercio entre a Suissa e a Italia de 13 de julho de 1904, em que os dois estados (art. 17.º) se compromettem a examinar de commum accordo o tratamento dos operarios italianos na Suissa e dos operarios suissos na Italia a respeito dos seguros operarios para o effeito de lhes garantir, por meio de accordos opportunos, vantagens quanto possivel equivalentes e reciprocas; os tratados de commercio entre a Allemanha e a Italia de 3 de dezembro de 1904 e entre a Allemanha e a Austria de 19 de janeiro de 1905, em que se lêem disposições semelhantes á do tratado italo-suisso; o tratado entre o Luxemburgo e a Belgica de 15 de abril de 1905 sobre accidentes do trabalho, que equipara nos dois países operarios belgas e luxemburgueses quanto a indemnização e garantias no caso de accidentes do trabalho, excepção feita para os operarios que só temporariamente (menos de seis meses) traba-

¹ O tratado franco-italiano foi já devidamente regulado, quanto a transferencia e reembolso de depositos feitos nas caixas economicas, por accordos de 8 de outubro de 1904 e 20 de janeiro de 1906, e, quanto a accidentes de trabalho, por accordo de 9 de junho de 1906.

lhém num dos estados, por conta duma empresa que tenha a sua séde no outro estado, os quaes ficam sujeitos á lei do país da séde dá mesma empresa; o tratado entre a Allemanha e o Luxemburgo de 2 de setembro de 1905, tambem sobre accidentes do trabalho, para determinar a situação dos operarios que transitoriamente trabalham num estado por conta duma exploração que tem a sua séde no outro estado, estabelecendo doutrina semelhante á acceita pelo tratado anterior; finalmente, o tratado entre a França e a Belgica de 21 de fevereiro de 1906, ainda sobre accidentes do trabalho, em que é estabelecido o principio da egualdade entre operarios belgas e franceses em ambos os paises relativamente ás indemnizações a conceder nos casos de accidentes do trabalho, e em que, como nos dois tratados anteriores, se faz excepção para as pessoas que temporariamente trabalham num dos estados por conta de empresas que tenham séde no outro estado.

Todos estes tratados tendem a regular questões do trabalho sob um aspecto internacional, procurando, de modo especial, regular a condição dos operarios estrangeiros.

89. A immigração operaria é um facto muito geral, tornando-se porisso indispensavel determinar os principios que informam a situação juridica dos operarios estrangeiros sob o ponto de vista especial da legislação do trabalho.

A legislação do trabalho pode reduzir-se a tres grandes capitulos — 1.º) a regulamentação geral do trabalho no sentido de garantir os interesses das classes trabalhadoras, como a determinação de horas de trabalho, minimo de salarios, segurança dos operarios, etc., 2.º) a resolução de conflictos de trabalho, 3.º) e a previdencia operaria.

A regulamentação do trabalho, como meio de protecção das classes operarias, deve favorecer de modo equal operarios nacionaes e estrangeiros. Não se comprehenderia que a legis-

lação dum país civilizado degradasse o trabalhador estrangeiro a uma situação inferior á dos trabalhadores nacionaes. Desde que um estado admitte a mão d'obra estrangeira, deve protegê-la como protege a mão d'obra nacional, no interesse da segurança, da hygiene e da liberdade do trabalhador.

O mesmo deve dizer-se do que respeita ás instituições para resolver os conflictos do trabalho. São meios de pacificação ou de praticar a justiça nas relações entre operarios ou entre patrões e operarios que uma elemental equidade não pode recusar aos trabalhadores estrangeiros.

Mas a egualdade entre operarios nacionaes e estrangeiros ainda deverá manter-se no que respeita ás instituições de previdencia e seguros sociaes?

As formas de previdencia voluntaria, ou pela economia simples, ou pela mutualidade, ou pelo seguro, devem ser igualmente facultadas a operarios nacionaes ou estrangeiros. São meios de prevenir necessidades futuras e de crear recursos para fazer face a despesas inherentes á doença, velhice, invalidez, falta de trabalho, etc., situações communs a nacionaes e estrangeiros e que em todos devem ser igualmente respeitados para a constituição dos meios de remediar as suas consequencias.

Mas se a previdencia, em vez de facultativa, é obrigatoria, e, em vez de privada, se torna official?

A substituição da iniciativa official á iniciativa privada e do character obrigatorio ao character facultativo na organização da previdencia operaria apenas tem por effeito torná-la effectiva e certa, e portanto semelhantes circumstancias não devem ser razão para se estabelecerem differenças entre nacionaes e estrangeiros.

Se, comtudo, o seguro social não só se torna official ou obrigatorio, mas se organiza ao mesmo tempo com prestações dos operarios, com prestações pagas pelos patrões sob a forma

de contribuição patronal, e com um subsidio orçamental pago pelo estado, ainda os operarios estrangeiros deverão ser equiparados aos nacionaes e aproveitar o auxilio da contribuição patronal e do subsidio pago pelo estado?

O tratado franco-taliano resolveu, como vimos, a questão, relativamente ás aposentações operarias para os casos de velhice e invalidez, do modo seguinte: a parte da pensão correspondente ás quotas pagas pelo operario será adquirida por este integralmente (egualdade): a parte da pensão correspondente á contribuição patronal será regida pelo principio da reciprocidade; e a parte da pensão correspondente ao subsidio orçamental será deixada á apreciação de cada estado e paga por este aos *seus nacionaes* que tenham adquirido uma aposentação no outro país (Incapacidade). Este tratado seguiu, pois, os principios da incapacidade, da reciprocidade e da igualdade, combinando-os pela forma que aos seus negociadores pareceu mais justa para conciliar os interesses do estado com os direitos dos operarios estrangeiros.

Traduziria, porém, o tratado os verdadeiros principios da justiça internacional?

O tratado foi evidentemente justo dando integralmente ao operario estrangeiro a pensão correspondente ás quotas que pagou. Nesse ponto equalou nacionaes e estrangeiros.

Da igualdade passou á reciprocidade na attribuição da pensão correspondente á contribuição patronal, certamente para assegurar melhor o auxilio patronal nos dois países. A contribuição patronal não é um favor dos industriaes, é uma compensação á insufficiencia dos salarios para acudir ás necessidades operarias na velhice e na invalidez e portanto deve auxiliar todos os que trabalham, sejam nacionaes ou estrangeiros. Comtudo, o direito internacional operario está nos seus inicios, ha de constituir-se gradualmente e a reciprocidade pareceu um meio de preparar a realização do principio da igualdade.

Da reciprocidade passou ainda o tratado á incapacidade quanto á parte da pensão correspondente ao subsidio orçamental. Esta, só os nacionaes a podem aproveitar. O mais que o estado pode é conceder tal pensão aos nacionaes que tenham adquirido uma aposentação no outro estado. Neste ponto afastou-se o tratado um pouco mais da justiça do que na passagem anterior. O subsidio orçamental tambem não é um favor, mas um meio por que a collectividade, representada no estado, concorre para compensar o trabalhador do beneficio que elle lhe presta com o seu trabalho e que não é devidamente remunerado pelo salario. A reciprocidade ainda se explica, pois pode ser um processo de assegurar o subsidio patronal em ambos os países aos operarios estrangeiros. A incapacidade é uma injustiça. Mais avisadamente andaram porisso as leis allemãs de 22 de junho de 1889 e de 19 de julho de 1899 que concedem, em principio, o subsidio orçamental de cincoenta marcos tanto aos operarios nacionaes como aos estrangeiros, embora auctorizem o Conselho federal a excluir do seguro determinados operarios estrangeiros.

A solução mais perfeita teria sido, pois, a da equiparação entre operarios nacionaes e operarios estrangeiros. Os seguros sociaes representam um derivado de contracto de trabalho e portanto devem aproveitar a todos os trabalhadores sem distincção de nacionalidade.

E será por certo esta a solução do futuro, tendo-a já admitido a Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores, no congresso da Basileia de 1904, onde foi votada a seguinte resolução: «Quanto aos direitos garantidos ao operario e aos seus representantes pelas leis de seguros e de responsabilidade profissionaes, não deve estabelecer-se differença alguma entre os beneficiarios em razão da sua nacionalidade, do seu domicilio e da sua residencia. É applicavel a lei do logar da empresa por conta da qual trabalha o operario».

(1) Esta resolução foi confirmada na conferencia de Genebra de 1906.

Só como systema transitorio poderá defender-se a reciprocidade, para o effeito de compellir os estados a celebrar tratados em que procurem regular a situação dos nacionaes que trabalhem em país estrangeiro. A reciprocidade é superior á incapacidade, e porisso, á exclusão do operario estrangeiro do beneficio dos seguros sociaes, é preferivel a sua admissão a esse beneficio sob a condição de no seu país egual beneficio ser concedido aos trabalhadores do estado local. Comtudo, não pode a mesma reciprocidade constituir uma solução definitiva, pois não deve a protecção juridica do trabalhador depender doutras condições que não sejam as estabelecidas pela lei quanto ao modo e tempo como deve ser prestado o trabalho. Desde que essas condições se guardem, está cumprida a obrigação do trabalhador e portanto deve ser-lhe reconhecido o direito ao beneficio dos seguros sociaes.

90. Terminaremos estas ligeiras indicações acerca da condição dos operarios estrangeiros, indicando qual deve ser a sua situação em face dos accidentes do trabalho. A este respeito a questão é dupla. É preciso determinar-se em que medida elles devem ter direito á indemnização, e como devem ser resolvidos os conflictos em materia de accidentes do trabalho. Trataremos por agora só a primeira questão, deixando a segunda para quando estudarmos o problema geral dos conflictos.

O direito do operario estrangeiro á indemnização pelos accidentes do trabalho é um principio de elementar justiça. Trabalhadores estrangeiros e nacionaes devem ser evidentemente equiparados perante as providencias que remedeiem as consequencias dos desastres do trabalho. E este principio de justa equiparação é, salvas poucas excepções, reconhecido pela legislação social dos povos modernos.

Alguns países, como a Inglaterra, a Italia, a Hespanha, a Russia e a Belgica, assimilam expressa ou tacitamente os ope-

rarios estrangeiros aos nacionaes, de modo que ou os trabalhadores, victimas dos accidentes do trabalho, ou os seus representantes tẽem direito, sem distincção de nacionalidade, á indemnização prevista pelas leis desses paizes.

Outros seguem o principio da equiparação modificado pela circumstancia de o beneficiario da indemnização residir em país estrangeiro. Pertencem a este grupo a Austria, a Dinamarca, a Noruega, a Finlandia, a Grecia. Nas legislações destes paizes encontra-se a disposição fundamental de que, na hypothese de o beneficiario ser estrangeiro e residir permanentemente no estrangeiro, o estabelecimento de seguro pode substituir a pensão pelo pagamento dum capital calculado em harmonia com as circumstancias da especie, sendo de notar, alem disso, que as leis da Finlandia e da Grecia só reconhecem a indemnização aos operarios que continuem a residir no país ou aos representantes do operario ferido que ahi residam ao tempo do accidente e ahi continuem a residir, e que as leis da Dinamarca e da Noruega applicam a mesma doutrina aos representantes do operario victima do accidente.

Outros finalmente seguem o mesmo principio restringindo-o a certos respeitos pelo principio da reciprocidade. Formam este grupo a Allemanha, França, Hollanda, Suecia e Luxemburgo. As leis destes paizes ou estabelecem a possibilidade de suspender o beneficio da indemnização aos estrangeiros quando o estado a que pertencem a negue aos nacionaes dos mesmos paizes (Luxemburgo), ou submettem á condição da reciprocidade — a concessão da indemnização aos operarios não domiciliados no estado local (Hollanda), — a concessão da indemnização aos representantes dos operarios feridos quando não residem no estado local ao tempo do accidente (França e Suecia), — e a não suspensão das pensões ou a sua não conversão em determinado capital quando os beneficiarios deixem de residir no estado local (Allemanha e França).

Das legislações transparece assim a equiparação, com pequenos desvios para a incapacidade e para a reciprocidade, prenuncio por certo do reconhecimento pleno do principio da egualdade.

O principio da equiparação tambem apparece nos tratados entre a França e a Italia e entre a Belgica e o Luxemburgo acima citados. A par com elles optaram pela reciprocidade os tratados de commercio entre a Suissa e a Italia, entre a Italia e a Allemanha e entre a Allemanha e a Austria, tambem acima citados. Mas ainda aqui a reciprocidade será transição para a egualdade, a verdadeira formula da justiça na condição dos operarios estrangeiros perante as leis de protecção do trabalho.

SECCÃO II

As pessoas jurídicas ¹

SUMMARIO : — 91. A existencia das pessoas juridicas estrangeiras fóra do estado de origem. — 92. Pessoas juridicas estrangeiras de caracter publico ou pessoas moraes. O Estado. — 93. Corpos administrativos, estabelecimentos publicos e estabelecimentos de utilidade publica. — 94. Nacionalidade e condição legal das pessoas moraes estrangeiras. — 95. A Igreja e as sociedades internacionaes como pessoas juridicas. — 96. As pessoas juridicas estrangeiras de caracter particular. Sociedades commerciaes : sua nacionalidade e seus direitos.

91. Uma das afirmações mais características do progresso humano foi a potencialização da actividade individual mediante a associação e uma das creações mais fecundas da evolução do direito foi a formação das *pessoas juridicas* ou *pessoas collectivas*, que são afinal as associações dotadas de individualidade juridica, ou da capacidade de exercer direitos e contrair obrigações. E as associações apparecem por toda a parte como

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 178 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 121 e segg.; DESPAGNET, *Précis de droit int. privé*, pagg. 110 e segg.; WEISS, *Manuel*, pagg. 306 e segg.; e *Traité théorique et pratique*, tom. II, pagg. 389 e segg.; CAEVO, *Le droit international*, tom. II, pagg. 221 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 330 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 171 e segg.; SURVILLE ET ARTHUIS, *ob. cit.*, pagg. 170 e segg.; FEDOZZI, *ob. cit.*, pagg. 168 e segg.; SACOPOULO, *Des personnes morales en droit international privé*, Genève, 1898; HALADJIAN, *Des personnes morales étrangères*, Paris, 1901; MESTRE, *Les personnes morales*, Paris, 1899; Sr. dr. J. CAEIRO DA MATTA, *Pessoas sociaes administrativas*; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pagg. 169 e 208 e segg.; etc.

meio de auxiliar o desinvolvimento ou de supprir as insufficiencias do poder dos individuos e por toda a parte tambem o direito dos povos reconhece *as pessoas collectivas* como meio de garantir eficazmente a expansão do principio associativo. É porque a internacionalização de toda a vida moderna determinou a expansão internacional da actividade das associações, nasceu naturalmente o problema da condição de direito das pessoas juridicas estrangeiras. Mas, ao passo que o reconhecimento da individualidade juridica das pessoas phisicas estrangeiras obtinha a consagração dum principio incontestado, o reconhecimento da individualidade das pessoas juridicas levantou na doutrina as mais vivas controversias, não tendo ainda podido chegar a accordo nem os escriptores nem as legislações.

Dois systemas, com effeito, dividem os internacionalistas e os legisladores acerca da existencia das pessoas juridicas estrangeiras, um systema exclusivo que restringe a vida juridica dessas pessoas ao estado em que ellas se constituam e que podemos chamar *a) systema da auctorização*, por ser seu principio fundamental que as pessoas juridicas estrangeiras só mediante auctorização do estado local, só, digamos assim, *naturalizando-se* nesse estado, podem exercer os seus direitos fóra do estado de origem, e um systema ampliativo, que SACOPOULO justamente denomina *b) systema extensivo ou liberal*, e que admite a existencia legal das pessoas juridicas estrangeiras independentemente de qualquer auctorização do estado local.

a) O primeiro systema foi formulado em todo o seu rigor por LAURENT, nos seus *Principios de direito civil*¹ e mais tarde no seu *Direito civil internacional*², onde sustentou que *todas as*

¹ Tom. I, n.ºs 287 e segg.

² Tom. IV, pag. 152.

pessoas jurídicas estrangeiras precisavam de ser auctorizadas pelo estado local para ahí poderem exercer a sua actividade jurídicas. Os fundamentos do systema, seguido, depois de LAURENT, por WEISS, MOREAU, MANCINI, RICCI, FIORE e ainda outros auctores, são principalmente os seguintes :

1.º) A pessoa jurídica é uma ficção, um ser artificial creado pelo legislador, que não pode ter existencia senão dentro dos limites em que vigora a lei da sua criação. Differentemente do que acontece com os individuos, os direitos das pessoas collectivas derivam, não da natureza, mas da lei, e porisso acabam onde termina o imperio dessa lei.

2.º) A personalidade jurídica collectiva é um privilegio, uma concessão, e porisso é de caracter restricto e limitado e só legitima perante o poder concedente.

3.º) A lei que cria uma pessoa jurídica propõe-se realizar um interesse social e portanto é uma lei de ordem publica e territorial, como o são todas as leis que têm por objecto o interesse social. O legislador, órgão do interesse geral, é, em cada país, o juiz unico para apreciar a utilidade e a legitimidade das corporações, apreciação forçosamente variavel de país para país segundo a sua condição intellectual, moral e economica, de modo que, um estabelecimento util num país pode ser prejudicial num país differente, e porisso as pessoas jurídicas legalmente existentes num estado, não só têm um cunho local, mas a sua admissão em país estrangeiro sem necessidade de auctorização poderá ser contrária aos principios sancionados pelas leis deste país.

4.º) O estado precisa de precaver-se contra o perigo que para a sua segurança podem representar as associações estrangeiras quando exerçam a sua actividade dentro do territorio.

Estas razões não tiveram, todavia, o peso sufficiente para que o systema pudesse dominar o pensamento scientifico sobre

esta importante questão. A seu lado affirmou-se vigorosamente o systema liberal, que vae triumphando progressivamente na doutrina e na jurisprudencia. BROCHER, LAINÉ, MICHOD, DESPAGNET, PILLET, SACCUPOLO, VON BAR, WESTLAKE, etc., apoiam a these liberal e os tribunaes de diversos países, como a Belgica, França, Hollanda, Italia, Inglaterra e Suissa, á falta de texto expresso, admittem, em geral, que as pessoas juridicas estrangeiras têm existencia legal independentemente de qualquer auctorização.

Em verdade, é facil verificar que os fundamentos do systema exclusivista eram fracos de mais para poderem dominar a doutrina e a jurisprudencia. Os dois primeiros fundamentos representam apenas o producto dum conceito scientificamente envelhecido. A associação é um facto natural e uma impreterivel necessidade das sociedades progressivas, e, porisso, a personalidade civil das associações constitue a fórmula juridica duma criação natural e não uma arbitraria concessão do legislador. Porque a associação é uma realidade e não uma ficção, o seu reconhecimento juridico, em vez dum privilegio, representa a regularização e a sanção dum facto necessario á realização dos fins para que é impotente a acção isolada dos individuos. E, vista assim a associação e a sua personalidade, não ha motivo de ordem scientifica para recusar ao homem associado o que se lhe concede quando isolado. A associação é o complemento natural do individuo e porisso o reconhecimento internacional das pessoas juridicas é a consequencia logica do reconhecimento da personalidade individual. Nem faça duvida a circumstancia de, em cada país, a lei definir as regras de organização das pessoas juridicas e determinar os seus direitos, pois hoje já ninguem contesta que uma lei possa produzir effeitos no estrangeiro. A todo o momento os tribunaes dum país applicam leis estrangeiras e reconhecem actos juridicos praticados sob o dominio dessas leis. Por-

que afastar, pois, uma lei estrangeira que cria uma pessoa jurídica?

A terceira razão representa um exaggero e uma confusão. O exaggero está em se afirmar que o estado, ao regular a organização das pessoas jurídicas, tem sempre em vista o interesse publico, quando é certo que a personalidade jurídica se concede muitas vezes a entidades de mero interesse particular, como são as sociedades commerciaes. A confusão vem de não se distinguir, quanto ás pessoas jurídicas de caracter publico, unicas que organizam um interesse verdadeiramente social, entre a sua *missão social* (administração publica, beneficencia, ensino, etc.), e a sua individualidade jurídica de puro *direito privado* para a aquisição e exercicio de *direitos patrimoniaes*, individualidade que é concomitante, mas diferenciada, da função publica que essas pessoas exercem. A função publica é de sua natureza *territorial*, não podendo ser exercida fóra do estado onde as pessoas jurídicas estão constituídas e exercem a sua actividade social, mas a sua actividade patrimonial pode evidentemente ser exterritorial sem prejuizo dos interesses dos outros estados.

O perigo da admissão das pessoas jurídicas estrangeiras póde ser real, mas ninguem contestará ao estado o direito de reduzir a proporções inoffensivas a acção de semelhantes entidades, como o pode fazer em relação ás pessoas jurídicas nacionaes, de que aliás podem derivar perigos eguaes, sem que porisso ninguem se tenha ainda lembrado de impugnar a existencia de pessoas jurídicas nacionaes. Não é, pois, necessario, para afastar o perigo possivel da acção das pessoas jurídicas estrangeiras, estorvar a vida internacional numa das suas manifestações mais importantes.

A razão jurídica — derivada da natureza das pessoas collectivas como modalidades da vida jurídica das pessoas physicas e do seu destino como meio de potencializar e supprir a acti-

vidade limitada dos individuos — parece, pois, exigir o reconhecimento da sua capacidade juridica internacional e contrariar o systema limitativo da auctorização.

Comtudo, a regra de que as pessoas juridicas participam *de plano* da vida civil no estrangeiro está sujeita a certas restrições.

A regra tem de ceder a uma disposição em contrario da constituição ou das leis dum estado que, na defesa dos interesses publicos, prohibiam o accesso no territorio a determinadas pessoas juridicas estrangeiras.

Mas deverá a mesma regra deixar de abranger as pessoas juridicas para que não haja uma prohibição expressa mas cuja missão seja considerada immoral e illicita pelo estado local, pela razão de que os seus actos, mesmo de direito privado, iriam fecundar uma obra reprovada pelo legislador desse estado? Em principio, as pessoas juridicas estrangeiras que se encontrem em taes condições devem ser excluidas da vida juridica no estado local, pois o seu reconhecimento seria contrario á ordem publica territorial. Comtudo, semelhante principio não deverá applicar-se com excessivo rigor, ampliando-se a actos que, sem uma ligação estreita com a constituição e fim das pessoas juridicas, não representem uma lesão directa da ordem publica.

Moderada por taes limitações, a regra que deixamos estabelecida é um resultado e um factor da solidariedade crescente dos estados civilizados.

92. As pessoas juridicas podem propor-se a realização dum fim de interesse geral e superior — *pessoas juridicas de character publico*, que em harmonia com a nossa legislação chamaremos *pessoas moraes*, ou destinar-se a realizar um interesse privado, um beneficio pecuniario — *pessoas juridicas de character privado*.

Ao primeiro grupo pertencem o Estado, as divisões administrativas, os estabelecimentos publicos e os estabelecimentos de utilidade publica, e no segundo entram as associações de interesse meramente particular, como são as sociedades commerciaes. Estudaremos em separado cada um dos grupos, e ainda daremos um logar á parte ao Estado como pessoa juridica nas relações internacionaes.

No primitivo rigor do seu systema, rejeitava LAURENT ao estado a qualidade de pessoa juridica internacional, ainda mesmo depois do seu reconhecimento diplomatico. Levava a sua exigencia até á necessidade dum acto de reconhecimento *especial* para o estado poder exercer no estrangeiro direitos privados.

Distinguia entre a *ordem politica* e a *ordem privada*, affirmando que o reconhecimento diplomatico habilitava o estado para a pratica das relações internacionaes da primeira categoria, mas não para as da segunda. Comtudo, o mesmo auctor reconheceu posteriormente o exaggero da sua doutrina, substituindo-a pela seguinte: «Confesso que esta doutrina pecca por excesso de subtilidade: separa e distingue no estado duas qualidades que na realidade das coisas se não distinguem: o estado como pessoa politica e o estado como pessoa civil. O estado é uno e não duplo. Desde que é reconhecido como corpo politico e figura como tal nos tratados, existe realmente. Não seria estranho que a Belgicã figurasse como estado politico nos tratados e não pudesse figurar como parte num contracto?»¹.

Esta segunda opinião de LAURENT é a da generalidade dos auctores, os quaes attribuem aos estados estrangeiros personalidade juridica independentemente de reconhecimento especial,

¹ *Droit civil international*, tom. iv, pag. 251.

não valorizando a antiga opinião daquelle escriptor a nova defesa em que quis apoiá-la MOREAU, sustentando a possibilidade de scindir a vida politica do estado da sua vida civil pelo *simile* do que se dá com certos corpos do estado, como as camaras legislativas, que, embora tenham uma existencia incontestavel em direito publico, não podem reclamar a personalidade civil ¹, pois que se não pode estabelecer comparação entre o estado e os órgãos por que elle exerce a sua actividade politica. Esses órgãos não têm nem precisam de personalidade civil, pois vivem da personalidade civil do estado.

E a doutrina da existencia internacional da personalidade juridica do estado que hoje informa a pratica geral dos estados como um preceito consuetudinario, foi já formalmente consagrado pelo art. 34.º do codigo civil argentino, e pelo art. 3.º do tratado de Montevideo de 12 de fevereiro de 1889 nestes termos: «O estado tem o caracter de pessoa juridica e é capaz de adquirir direitos e de assumir obrigações no territorio dum outro estado em conformidade com as leis deste ultimo».

93. As demais pessoas juridicas de caracter publico, quer representem uma divisão territorial, como os corpos administrativos, quer apenas organizem um serviço publico ou realizem um fim de utilidade publica, como os estabelecimentos publicos e de utilidade publica, cooperam com o estado em que se constituem na realização da sua missão social e porisso o seu reconhecimento por esse estado deve involucrer o reconhecimento da sua individualidade juridica por parte dos estados estranhos sem necessidade duma auctorização especial. Effectivamente, o reconhecimento dum estado abrange logicamente

¹ *J. D. I. P.*, 1892, pagg. 337 e segg.

todas as instituições que com elle organizam e tornam effectivo o seu fim social e alcança a legitima expansão internacional das mesmas instituições quando essa expansão represente o seu desenvolvimento natural e não prejudique os interesses dos outros estados.

94. Resolvido o problema do reconhecimento das pessoas moraes estrangeiras, apparecem logicamente os problemas da determinação da sua nacionalidade e da sua capacidade legal ou da determinação dos direitos que ellas poderão exercer fóra do seu país.

O problema da determinação da nacionalidade das pessoas moraes é de facil solução. Não pode ventilar-se em relação aos estados nem exige certamente esclarecimentos relativamente aos corpos administrativos, que têm a nacionalidade do estado de cuja organização administrativa fazem parte. Os estabelecimentos publicos ou de utilidade publica organizam um determinado interesse social, derivam a sua existencia legal da auctorização expressa ou tacita do estado onde se propõem exercer a sua missão social e têm, porisso, a nacionalidade do país onde se constituem e de que recebem a competente auctorização.

Que direitos poderão, porém, exercer as pessoas moraes em país estrangeiro?

Para resolver esta questão importa considerar as pessoas moraes sob o duplo ponto de vista da sua *missão politica* ou *social* e da sua *individualidade juridica* de direito privado.

Sob o primeiro aspecto, as pessoas moraes ou dirigem a vida politica e administrativa do país, como o estado e os corpos administrativos, ou exercem uma função de interesse geral, como os estabelecimentos publicos e de utilidade publica, e a sua actividade limita-se naturalmente ao territorio do estado de origem.

Este principio encontra uma restricção apenas no que respeita ao estado. Ou para a protecção dos interesses geraes da nação ou para a protecção dos interesses particulares dos seus nacionaes, pode o estado continuar a sua missão publica dentro de territorio dos outros estados em harmonia com os principios estabelecidos pelo direito internacional publico, como acontece, por exemplo, com as missões diplomaticas e consulares.

Os corpos administrativos têm evidentemente a sua actividade limitada ao territorio do estado a que pertencem. São constituídos para organizar e promover os interesses geraes duma determinada circumscripção territorial e porisso a sua missão social acaba nos limites dessa circumscripção. Os estabelecimentos publicos fazem parte integrante da organização administrativa do estado e são encarregados de executar serviços publicos, como os serviços de instrucção ou de assistencia, apenas dentro do territorio como esphera normal da acção administrativa do estado. Os estabelecimentos de utilidade publica, embora não encarregados dum serviço publico, propõem-se comtudo um fim de utilidade geral, o que os torna dependentes do direito publico e lhes imprime um cunho territorial, e traduzem o modo de ser e pensar dum povo, que pode ser diferente do modo de ser e pensar dos outros povos, o que restringe logicamente a sua missão social ao estado em que se constituem.

Póde, é certo, um estabelecimento de utilidade publica exercer uma funcção de utilidade commum a mais que um estado e portanto não ser inconveniente o alargamento da sua actividade para fóra do país de origem. Comtudo, a oportunidade da expansão *internacional* dos estabelecimentos de utilidade publica deve ser apreciada pelos estados onde pretenda tornar-se effectiva essa expansão e porisso devem os mesmos estabelecimentos ser *reconhecidos* por cada um desses estados,

Precisam taes estabelecimentos tornar-se *nacionaes* do estado local quanto á parte da sua actividade que ahi vão desenvolver.

Sob o ponto de vista da personalidade juridica de direito privado, a situação é fundamentalmente differente. As pessoas moraes estrangeiras podem exercer a sua actividade fóra do estado de origem sem o reconhecimento do estado local. A essa forma da sua actividade applicam-se os principios do systema liberal, acima formulado, sobre a existencia legal das pessoas juridicas estrangeiras.

Os direitos que constituem a capacidade das pessoas moraes estrangeiras na sua qualidade de pessoas de direito privado são, em geral, os direitos patrimoniaes, que se resumem na aquisição, posse e transferencia de bens e na sua defesa perante os tribunaes de justiça.

Separando, como acima, os estados das demais pessoas moraes, deve dizer-se que os estados podem exercer no estrangeiro direitos patrimoniaes, como os direitos de adquirir, possuir, contractar, etc., e o direito complementar de em juizo defender os direitos adquiridos. Poderão porisso, embora assim o não intendam todos os escriptores, adquirir bens immobiliares e adquirir bens por testamento, e poderão mesmo, em certos casos, succeder *ab intestato* na herança jacente dalgum dos seus nacionaes constituída por bens situados em país estrangeiro.

A successão *ab intestato* pelo estado poderá ter logar na hypothese de, por morte dalgum dos seus nacionaes, haver herança jacente formada por bens sitos em país estrangeiro, se, segundo a lei de successão do mesmo estado, este seja o ultimo dos herdeiros. Alguns escriptores contestam ao estado semelhante direito de successão pela razão de que, á falta de herdeiros, os bens passam para o estado, não a titulo de herança, mas a titulo de *occupação* e como uma consequencia do

direito de soberania. Semelhante doutrina parece, porém, exagerada. Cada estado *qualifica* como intende o direito por que a fazenda nacional é chamada a receber a herança jacente e é diante dessa qualificação tal como ella é feita pelo estado local que a questão deve ser resolvida. Assim, se o estado local *qualifica* aquelle direito como *successorio*, deverá certamente ser chamado á successão o estado de origem, se, pelo systema de direito internacional local, a ordem da successão dever determinar-se pela lei do mesmo estado de origem. Se a lei local qualificar tal direito como um direito de *occupação* e uma manifestação de *soberania*, semelhante disposição será de ordem publica e portanto obstará á successão dos estados estrangeiros. Deve, no entanto, dizer-se que a tendencia actual é para considerar o direito do estado á herança jacente como direito de occupação e soberania e para recusar aos estados estrangeiros esse direito, como se vê do art. 2.º da convenção da Haya, de 17 de julho de 1905, sobre conflictos de leis em materia de successão e testamentos: «Os bens hereditarios não são adquiridos pelo estado da sua situação senão quando não haja nenhum successor testamentario ou, *feita abstracção do estado estrangeiro*, nenhum herdeiro legitimo segundo a lei nacional do defuncto».

As restantes pessoas moraes podem igualmente exercer no estrangeiro direitos patrimoniaes por virtude da sua existencia legal no país da sua constituição. É natural, comtudo, que a capacidade juridica das pessoas moraes estrangeiras seja medida pela lei do estado da sua constituição, e pela lei do estado local quanto aos *direitos* que ahi podem ser exercidos pelas pessoas moraes locaes, quanto ao modo de exercicio dos mesmos direitos, e até quanto a prescripções especiaes para as pessoas moraes estrangeiras. Não devem ter evidentemente uma situação privilegiada relativamente ás pessoas moraes locaes e o mesmo principio de egualdade, que deve ser a regra

e que sempre deve presumir-se, poderá ser restringido quando o exija o interesse publico ¹.

95. Ao lado dos estados e das outras pessoas moraes que com elles cooperam na realização do seu destino, terão tambem um logar as sociedades internacionaes que conjugam a acção dos mesmos estados na obra commum da civilização ? Eis uma nova investigação que cumpre fazer successivamente em relação á a) Igreja, ás b) Uniões internacionaes e ás c) Sociedades internacionaes de individuos.

a) Pelo seu destino religioso e pelo seu desinvolvimento historico, a Igreja assumiu o aspecto duma sociedade internacional e os estados christão consideraram o seu organismo central — a Santa Sé — como um soberano estranho com a função reconhecida do governo espiritual dos fieis e com a faculdade de comunicar official e diplomaticamente com os governos das nações no desempenho da sua missão. Foi assim até á suppressão do poder temporal em 1870 e assim tem sido dahi em diante. A consequencia logica de taes factos é evidentemente o reconhecimento da Santa Sé como uma instituição legitima e que legitimamente exerce uma função social, e desse reconhecimento deriva como corollario a attribuição á mesma instituição da individualidade juridica ou goso dos direitos privados. Não se compreenderia que os estados reconhecessem a Santa Sé como verdadeira instituição publica internacional e lhe negassem uma condição fundamental da sua conservação.

¹ Os principios expendidos no texto são orientados pelas deliberações do Instituto de direito internacional na sessão de Copenhague de 1897 sobre a capacidade das pessoas moraes publicas e estrangeiras. Vide *Anuario*, vol. 16.º, pagg. 279 e segg.

As uniões internacionaes representam unidades associativas, com a forma de confederações fragmentarias, creadas pelos estados para a realização de interesses communs, as quaes, para o exercicio das suas funcções, precisam claramente de praticar actos de direito privado, e porisso tambem deve ser a individualidade juridica uma das manifestações da sua existencia ¹.

Ao lado das associações de estados, existem, dentro da comunidade internacional, associações de individuos de differentes nações que se agrupam para promover o progresso das sciencias, da paz geral, do melhoramento das condições operarias, em summa, do bem estar das sociedades modernas, como são, designadamente, o Instituto de direito internacional, a União interparlamentar para a arbitragem e para a paz e Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores.

Apesar do seu numero e valor, semelhantes organizações, que constituem uma das grandes forças do progresso da civilização e representam, segundo o dizer de KASATSK, uma especie de *international self-government* com todos os elementos dum grande desinvolvimento futuro, não têm merecido a attenção dos internacionalistas, para lhes determinarem a sua situação juridica internacional, nem a attenção dos estados, para, num tratado geral, definirem os seus direitos e as transformarem em *peessoas collectivias internacionaes*, reconhecendo e garantindo juridicamente um facto natural de ordem internacional.

No estado actual, semelhantes associações têm de constituir-se segundo a legislação dum estado determinado e submeter-se nos outros estados á situação a que a respectiva legislação sujeitar as associações estrangeiras de categoria *semelhante* á

¹ Supra, pagg. 47, 131 e 161.

sua, ou hão de limitar-se, se não adoptarem aquella constituição, a funcionar em cada país em harmonia com os principios que ahi regularem o exercicio geral do direito de reunião.

96. As pessoas juridicas de caracter privado, embora destinadas a realizar um interesse meramente particular e pecuniario, devem ser revestidas da capacidade civil internacional, como meio de vigorizar e completar a actividade individual.

As principaes pessoas juridicas de caracter privado são as sociedades commerciaes e porisso a ellas limitaremos por agora as nossas investigações.

A primeira questão a resolver é a da determinação da nacionalidade destas sociedades, para fixar, em principio, a lei que ha de regular a sua constituição, o seu funcionamento, o seu modo de gestão e a sua capacidade, isto é, para fixar o seu *estatuto pessoal*.

Varios têm sido os systemas apresentados pelos escriptores para resolver o problema. Uns formularam o

1.º) *Systema da auctorização*, segundo o qual a sociedade teria a nacionalidade do estado que auctorizasse a sua existencia no momento da sua formação. Semelhante criterio pareceu, porém, insufficiente, pois, por um lado, o *principio da auctorização* tende cada vez mais a ser substituido pelo *principio da regulamentação*, não precisando em geral as sociedades commerciaes duma auctorização especial para se constituirem legitimamente, bastando que se conformem com as prescrições determinadas na lei, e, por outro lado, a auctorização, quando necessaria, só poderá ser concedida dando-se certas condições que sejam a base da nacionalidade, isto é, a auctorização suppõe a existencia *virtual* da nacionalidade que vem reconhecer. Daqui o apparecimento doutros systemas que melhor traduzissem o modo de ser das sociedades de commercio, como :

2.º) *Systema do logar da constituição.* Em harmonia com este systema, as sociedades deveriam ter a nacionalidade do estado em cujo territorio fosse celebrado o acto da sua constituição, como applicação do principio da regra locus regit actum e do principio da autonomia da vontade das partes em materia de convenções, sendo as sociedades commerciaes, como são, uma forma dos contractos. A consagração de semelhante systema representava, porém, um meio de legitimar a subtração das sociedades ás exigencias das leis do país onde ellas devessem manifestar a sua existencia e a que verdadeiramente pertencessem pelos seus elementos constitutivos, o que determinou a preferencia por muitos escriptores do

3.º) *Systema da nacionalidade dos socios.* A sociedade teria a nacionalidade dos seus membros. Este criterio, comtudo, não poderia applicar-se ás sociedades de capitaes, onde não é a pessoa dos socios que se toma em consideração e onde cada um pode ceder a sua parte sem o consentimento dos outros, nem poderia ser base positiva da nacionalidade das sociedades de pessoas, já que estas podem ser de diversa nacionalidade e a sociedade, assim como tem uma personalidade e um domicilio distinctos da personalidade e do domicilio dos socios, tambem pode ter uma nacionalidade differente da sua :

4.º) *Systema do país da subscrição.* As sociedades deveriam ter a nacionalidade do país da subscrição, porque é sob a protecção da lei desse país que se estabelece a garantia dos subscriptores e se forma o contracto que os une. Pode, todavia, a subscrição ter logar em diversos países, e, se se quisesse attender ao país de maior numero de subscriptores, tornar-se-ia necessario por muitas vezes apreciar uma questão de facto insolavel, o que equivaleria a substituir o systema pelo arbitrio dos tribunaes.

5.º) *Systema do domicilio.* A nacionalidade das sociedades

deve ser a do país do seu domicilio, pois é para as sociedades que tenham no seu territorio o seu principal estabelecimento que o estado formula as suas disposições de lei sobre sociedades. Mas o que deverá intender-se por principal estabelecimento duma sociedade? Será o seu centro de exploração ou a séde da sua administração? A maioria dos sequazes do systema decide-se pelo país da séde da administração social, como aquelle onde a sociedade realmente vive e funciona, exerce a sua actividade e realiza o seu fim. O domicilio é assim o centro de direcção e não o centro de exploração, que muitas vezes será mesmo difficil, se não impossivel, de determinar, como nas sociedades de navegação e de seguros.

Onde estará a verdade scientifica? As sociedades são formações naturaes constituídas pelos individuos para a realização de interesses para que é insufficiente a actividade individual e porisso é logico fixar a sua existencia onde ellas realmente vivem e operam integrando as forças individuaes. As sociedades ligam-se assim naturalmente tambem ao estado cujo territorio é o centro da sua vida juridica, donde dirigem a sua actividade e proseguem o seu fim, onde, em summa, têm a sua séde social e administrativa, pois é ahí, como diz ARMINJON, e não no país onde utilizam materialmente as suas forças, que as sociedades pensam, querem, operam, vivem e exprimem o seu pensamento e a sua vontade dirigente, porque é ahí que funcionam os seus principaes órgãos assim como os seus instrumentos receptores, fiscalizadores e transmissores ¹.

Mas se a séde social é *realmente* num determinado país, e os

¹ ARMINJON, *Nationalité des personnes morales*, na *R. D. I.*, 1902, pag. 407.

socios a dão *ficticiamente* como existente noutro país? É fraudulentamente que se pretende desviar a sociedade do dominio da lei a que ella está sujeita e porisso deverá attribuir-se-lhe a nacionalidade do país da séde real, logo que a fraude esteja devidamente comprovada.

E se a direcção e administração duma sociedade se dividir por sédes egualmente importantes, de modo que se possa hesitar sobre qual seja verdadeiramente o domicilio social? A solução mais equitativa será attribuir á sociedade a nacionalidade daquelle dos países que os fundadores ou a sociedade tiverem presumptiva ou claramente preferido. A attribuição da nacionalidade será então uma questão de facto entregue ao prudente arbitrio do julgador ¹.

Conhecida a nacionalidade das sociedades commerciaes, os seus direitos determinam-se em país estrangeiro em face da sua lei nacional e da lei do estado local. Podem praticar os actos permittidos pela lei do estado da sua nacionalidade que não sejam contrarios ás leis do estado local ou reservados aos cidadãos ou ás sociedades desse estado, desde que cumpram as prescripções especiaes a que aquellas leis sujeitem as sociedades estrangeiras.

¹ Sr. Dr. JOSÉ TAVARES, *Das sociedades commerciaes* (Dissertação de concurso), Coimbra, 1899, pagg. 98 e segg.

§ III

Os estrangeiros em Portugal ¹

DIVISÃO I

Os individuos

SUMMARIO : — 97. Os direitos publicos concedidos aos estrangeiros. — 98. O systema da egualdade como systema geral das leis portuguezas quanto ao reconhecimento aos estrangeiros dos direitos privados. Manifestações dos systemas das incapacidades e da reciprocidade. — 99. Situação dos estrangeiros relativamente aos direitos reconhecidos pelas leis portuguezas e não admittidos pela sua lei nacional, ou reciprocamente. — 100. Os estrangeiros em Portugal e os direitos politicos. — 101. Estrangeiros privilegiados segundo o direito portuguez. — 102. Operarios estrangeiros em Portugal.

97. Como estado de civilização europeia, reconhece Portugal aos estrangeiros uma situação juridica semelhante á que lhes é assegurada em todos os estados dominados pelos principios geraes daquella civilização. Tambem no nosso país se verifica a *lei* do minimo e do maximo de direitos que devem ou podem conceder-se aos estrangeiros, a fim de os habilitar para a pratica do commercio internacional, sem prejuizo da propria soberania ou das soberanias estranhas.

¹ Sr. dr. DIAS FERREIRA, *Codigo civil annotado*, vol. 1, pag. 26; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 62 e segg.; Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Historia das instituições do direito romano, peninsular e portuguez*, 1904-1905, pagg. 343 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pagg. 208 e segg.; etc.

O minimo de direitos indispensavel ao exercicio da sua actividade é assegurado aos estrangeiros pela concessão de direitos publicos e direitos civis em medida sufficiente para lhes garantir a expansão da sua individualidade.

Aos estrangeiros é reconhecida em primeiro logar a capacidade de direitos e obrigações, e portanto a condição fundamental de toda a vida juridica. É o que resulta immediatamente do art. 1.º do código civil, que torna a capacidade juridica inherente á qualidade de homem.

Mas, com a capacidade juridica reconhece o direito portugês aos estrangeiros as faculdades que condicionam e garantem a affirmação da personalidade, como são :

1.º) O direito de comunicação internacional, o que se revela claramente no facto de Portugal entrar nas uniões postal¹ e telegraphica², que asseguram a correspondencia entre os individuos das diversas nações, e na união para a publicação das tarifas aduaneiras³, que é um meio de facilitar as relações commerciaes.

2.º) O direito de entrada e residencia no país, como bem expressamente se estabelece no regulamento geral de policia de 7 de abril de 1863, no decreto de 17 de julho de 1871 e na lei de 23 de abril de 1896, art. 1.º, § unico, para o continente do reino, e no decreto de 4 de julho de 1906, para as provincias ultramarinas.

Segundo estes diplomas, são os estrangeiros livremente admittidos no reino sem que á sua entrada lhes possa ser exigido passaporte ou qualquer outro documento ou declaração tendente a legitimar a sua admissão ou a comprovar a sua iden-

¹ Carta regia de 30 de setembro de 1898.

² Carta regia de 12 de outubro de 1875.

³ Carta de lei de 3 de agosto de 1891.

tidade, embora o governo possa, quando o bem do estado o exija, decretar temporariamente as providencias que julgar convenientes para fiscalizar a entrada de todos os estrangeiros no reino tanto por mar como por terra, e embora taes estrangeiros devam apresentar-se á auctoridade administrativa competente no prazo de quarenta e oito horas, ou de tres dias nas provincias ultramarinas, quer para legitimar a sua residencia, quando a sua demora seja indeterminada ou superior a oito dias no continente do reino e vinte dias no ultramar, quer para declarar o tempo por que se demoram, e no ultramar, o logar da demora, quando esta seja inferior áquelles prazos.

Todos os estrangeiros podem assim entrar no reino e estabelecer nelle o seu domicilio. Todavia, para se domiciliarem, bem como para se demorarem ou mais de oito dias no continente do reino ou mais de vinte nas provincias ultramarinas, devem os estrangeiros legitimar a sua residencia. A legitimação de residencia faz-se apresentando certificado de nacionalidade passado pela respectiva auctoridade diplomatica ou consular, no qual será exarado o titulo de residencia. Na impossibilidade da apresentação do certificado de nacionalidade, será o titulo de residencia passado em passaporte ou, na falta de passaporte, em documento especial, abonatorio ou justificativo da residencia. No continente do reino, o titulo de residencia não pode ser passado por mais dum anno, mas o passado para o quinto anno considera-se como titulo de residencia permanente. Nas provincias ultramarinas, o titulo de de residencia tem o caracter de permanencia.

O direito de residencia ou de transito é, porém, modificado pelo *direito de expulsão* e pelo principio da *extradição*.

Os estrangeiros cuja presença se torne perigosa para a ordem publica ou para a segurança do estado podem ser expulsos por uma simples medida administrativa e sem a necessidade de contra elles ser proferida uma condemnação. É um

principio geralmente admittido e praticado pelos estados civilizados, embora não seja nem deva ser exercido arbitrariamente, o que poderia determinar legittimas reclamações diplomaticas ¹. Os estrangeiros que se refugiem no territorio do estado para se furtarem á perseguição ou á condemnação penal contra elles movida ou proferida por virtude de crimes commettidos em país estranho podem ser entregues ao governo interessado, quando a sua *extradição* seja reclamada pelas vias diplomaticas e o governo portuguez se tenha obrigado por meio de tratados a entregar os reus de taes crimes, ou quando intenda, mesmo sem tratados, que os deveres de solidariedade internacional exigem a entrega de taes criminosos. A extradição é estabelecida nos tratados ou concedida sem tratados nas hypotheses dos crimes communs mais graves, sendo em regra isentos os crimes politicos e os crimes de pequena gravidade.

3.º) O direito de liberdade pessoal, indicado no artigo 359.º do codigo civil, que o considera um direito civil e, porisso, applicavel aos estrangeiros, por força do artigo 26.º do mesmo codigo, que equipara os estrangeiros aos nacionaes relativamente ao gozo de direitos civis.

4.º) O direito de liberdade religiosa, já que o artigo 6.º da Carta permite aos estrangeiros a pratica da sua religião, embora em culto domestico e sem qualquer exteriorização.

5.º) O direito de expressão do pensamento pela imprensa, concedido pelo codigo civil (art. 570.º) tanto a nacionaes como a estrangeiros, e regulado pela lei de 7 de julho de 1898 que apenas exclue os estrangeiros de serem editores de periodicos (art. 9.º).

6.º) O direito de liberdade de trabalho, commercio e indus-

¹ Dec. de 14 de julho de 1904, art. 7.º

triã, assegurando-lhes a propriedade dos productos dessas formas de actividade (cod. civ., artt. 567.º e 569.º; cod. com., art. 7.º).

7.º) Os chamados *direitos originarios*, que, segundo o artigo 359.º do codigo civil, são, além da liberdade, os direitos de existencia, de associação, de apropriação e de defesa, e constituem condições de garantia da personalidade.

8.º) O direito de inviolabilidade pessoal, de inviolabilidade do domicilio e de inviolabilidade da propriedade, pois, se se concedem aos estrangeiros os direitos de existencia, de residencia e de propriedade, é evidentemente tambem em sua defesa que o codigo penal pune os attentados á pessoa, as violações do domicilio e as lesões da propriedade.

O direito portuguez reconhece, em summa, aos estrangeiros uma individualidade juridica sufficiente para a pratica de todos os actos que pode exigir a vida dum homem civilizado.

A capacidade juridica geral dos estrangeiros completa-se com a sua admissão ao gozo dos direitos privados numa proporção igual á reconhecida pelos estados mais liberaes para com os subditos das outras nações.

98. Já ao determinar e caracterizar os systemas seguidos pelas legislações dos povos cultos quanto á situação dos estrangeiros sob o ponto de vista do direito privado, dissemos que era Portugal um daquelles estados que seguiam o systema da *egualdade*. Diremos agora quaes os artigos de lei em que se funda aquella affirmacão e procuraremos determinar o seu verdadeiro alcance.

Os principaes fundamentos sobre a materia encontram-se nos artt. 17.º e 26.º do codigo civil e no art. 7.º do codigo commercial. No art. 17.º do codigo civil dissera o legislador que só os portugueses gosariam plenamente de todos os direitos que a lei civil reconhece e assegura. Todavia, logo no art.

26.º declarou que os *estrangeiros* que viajam ou residem em Portugal, *têm os mesmos direitos e obrigações dos portugueses*, excepto se a lei expressamente determinar o contrario, ou se existir tratado ou convenção especial que determine e regule doutra fôrma os seus direitos. Apesar, pois, da disposição do art. 17.º, estabeleceu-se como regra o principio da egualdade entre nacionaes e estrangeiros, principio apenas limitado pelas restricções formuladas em leis ou tratados. E, deixando os tratados, onde os estados se collocam em regra num plano de egualdade, dentro do codigo civil, que é a *lei fundamental* dos direitos privados; apenas encontra uma restricção formal, constante dos artt. 1966.º e 2492.º, que tornam os estrangeiros incapazes de ser *testemunhas instrumentarias*, e se dá um desvio para o systema da reciprocidade no art. 578.º, que é referente á propriedade litteraria e equipara os escriptores estrangeiros aos auctores portugueses sómente no caso de, no seu país, o auctor portuguez ser equiparado aos nacionaes. Semelhantes restricções são de valor relativamente deminuto e, porisso, não prejudicam a affirmação geral de que a lei civil portuguesa é informada pelo principio da egualdade entre nacionaes e estrangeiros.

O mesmo principio de egualdade foi mantido pelo codigo commercial que, no art. 7.º, diz que «toda a pessoa, *nacional* ou *estrangeira*, que for civilmente capaz de se obrigar, poderá praticar actos de commercio em qualquer parte destes reinos e seus dominios e nos termos e salvas as excepções do presente codigo». A disposição do codigo commercial era, de resto, uma consequencia logica da doutrina do art. 567.º do codigo civil, que tornou licito a *todos* applicar o seu trabalho e industria á *produccão*, á *transformação* e ao *commercio* de quaesquer objectos, abrangendo a expressão *todos* tambem os estrangeiros, por força do art. 26.º do mesmo codigo.

Deve, porém, dizer-se que, ao lado do systema da egual-

dade, que é o systema fundamental do nosso direito, apparecem ainda revelações dos systemas das incapacidades e da reciprocidade legislativa.

O systema das incapacidades apparece, alem dos artt. 1966.^o e 2492.^o do codigo civil, no art. 4.^o do *Acto de navegação* de 8 de julho de 1863, que reconhece sómente aos portuguezes, originarios ou naturalizados, o direito de serem proprietarios de navios portuguezes.

O systema da reciprocidade revela-se no já citado art. 578.^o do codigo civil, e na lei de 21 de maio de 1896 sobre propriedade commercial e industrial. Esta lei, effectivamente, dispõe no seu art. 76.^o, § unico, que as marcas industriaes e commerciaes dos estrangeiros residentes fóra de Portugal serão registadas nas mesmas condições que as dos portuguezes, se as convenções diplomaticas ou a legislação interna do país a que pertencerem ou em que tiverem estabelecimentos industriaes estabelecerem a reciprocidade para os subditos portuguezes. Nem este facto deixa de ter precedentes no velho direito. Antes do codigo civil, era doutrina corrente que os estrangeiros legalmente domiciliados gosavam dos mesmos direitos civis que os portuguezes, seguindo-se, porém, em relação aos não domiciliados, o principio da reciprocidade legislativa. Isto em materia de direito civil, pois que em direito commercial vigorava e continuou vigorando, como regra geral, até á promulgação do codigo actual, o mesmo principio de reciprocidade estabelecido pelo art. 32.^o do codigo de FERREIRA BORGES, sendo até da applicação desse artigo ao direito civil que resultou a doutrina da reciprocidade para os estrangeiros domiciliados quanto ao gozo de direitos civis ¹.

¹ COELHO DA ROCHA, *Inst. de dir. civ.*, § 203, n.^o 4; SR. DR. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pag. 168.

Esta indicação dos precedentes do principio da reciprocidade no nosso país tem a dupla vantagem de explicar o apparecimento de vestigios desse principio na legislação vigente e de mostrar que nos afastamos cada vez mais do mesmo principio para o principio da egualdade, que é, como já temos dicto, um principio de transição, que a mutualidade de vantagens explica, mas que os actuaes sentimentos de justiça tendem a eliminar.

99. Assente que os estrangeiros gosam em Portugal, dum modo geral, dos mesmos direitos privados que os portugueses, apparece uma dupla questão, que importa considerar para bem definir a sua situação juridica.

A primeira face da questão consiste em saber se os estrangeiros poderão gosar em Portugal ainda daquelles direitos que a lei portuguesa concede aos nacionaes, mas que a sua lei nacional lhes não reconhece, isto é, se, para um estrangeiro gosar em Portugal dum determinado direito civil, se torna necessario que esse direito lhe seja tambem concedido pela sua lei nacional. É o que pode discutir-se, por exemplo, relativamente á perfilhação e á legitimação, que, reconhecidas pelo nosso direito, são prohibidas por algumas legislações estrangeiras. A questão é melindrosa, pois deriva da divergencia de legislação quanto á determinação dos direitos do individuo, e porisso a solução deve ser orientada pelo principio do maximo respeito mutuo das soberanias, parecendo-nos justa a doutrina seguida por WEISS¹ e PILLET², os quaes intendem que ao estrangeiro só podem e devem conceder-se direitos não reconhecidos pela sua lei nacional quando os effei-

¹ *Traité théorique et pratique, etc.*, tom. II, pag. 180.

² *Ob. cit.*, pag. 220.

tos da concessão se limitem ao territorio do estado local (PILLET), o que não aconteceria, por exemplo, com o direito de perfilhação, cujos effeitos podem reflectir-se fóra desse territorio, ou quando a concessão seja exigida pelo principio de ordem publica (WEISS e PILLET), como se a privação do estrangeiro dum determinado direito (o direito de liberdade, por exemplo) o colloca numa inferioridade repugnante aos sentimentos geraes do estado local. Esta doutrina concilia, até onde a conciliação é possível, o respeito da lei estrangeira com a lei nacional.

No seu segundo aspecto, versa a questão sobre determinar se um estrangeiro poderá tornar effectivo em Portugal um direito que lhe conceda a sua lei nacional, mas que a lei portugueza não reconheça aos portuguezes, como acontece com o divorcio. A solução deverá ser negativa sempre que uma razão superior de interesse e ordem publica constitua o motivo da prohibição legal. É o que se dá com o divorcio. Se a lei intende que elle é contrario á ordem publica, não pode ser permittido aos estrangeiros o intentarem perante os tribunaes portuguezes uma acção de dissolução do casamento. O respeito pelas leis estrangeiras tem de ceder ás exigencias dos interesses vitaes do estado local.

100. O limite maximo na concessão de direitos aos estrangeiros tambem transparece claramente das leis portuguezas. Em primeiro logar, os estrangeiros não gosam em Portugal de direitos politicos, não podendo eleger nem ser eleitos para o exercicio de cargos politicos ou administrativos, nem podendo ser nomeados para os empregos publicos; depois, é-lhes reconhecida a personalidade juridica, mas são considerados como pessoas estrangeiras, o que se mostra claramente dos artt. 27.º do codigo civil e 12.º do codigo commercial, que mandam regular o estado e a capacidade dos estrangeiros pela sua lei

nacional; demais, o direito portugûes reconhece a ligação dos estrangeiros com o seu estado de origem, não os obrigando ao serviço militar¹, recebendo consules que sobre elles exerçam auctoridade, e concluindo tratados de extradição para entregar ás auctoridades do seu país os delinquentes que pretendam furtar-se á perseguição criminal ou ao cumprimento das penas. E, fazendo assim, procura certamente o nosso direito orientar-se pelo principio da coordenação da soberania nacional com a soberania dos outros estados.

101. As tres formas de privilegios, convencionaes, legaes e funcionaes, concedidos a determinados estrangeiros que acima indicamos verificam-se todas no direito portugûes.

1.º) *Privilegios convencionaes*. Segundo dissemos, o direito portugûes não equipara absolutamente os estrangeiros aos nacionaes, apparecendo ainda manifestações do systema da reciprocidade tanto em materia de propriedade industrial e commercial como em materia de propriedade litteraria. Se, por isso, em tratados, for reconhecida a propriedade litteraria aos nacionaes de determinado estado ou lhes for reconhecido o direito de em Portugal registarem marcas industriaes ou commerciaes ainda quando não tenham domicilio no reino, serão os subditos de tal estado privilegiados em relação aos estrangeiros subditos de qualquer outro estado com que não haja tratado ou cujas leis não reconheçam aos portugueses eguaes direitos. Assim, Portugal tem, por exemplo, convenções litterarias com a França, de 11 de julho de 1866, com a Belgica, de 11 de outubro do mesmo anno, com um artigo addicional de 7 de janeiro de 1880, com a Hespanha, de 9 de agosto de

¹ Regulamento dos serviços do recrutamento do exercito e da armada, artt. 36.º, n.º 7, e 42.º, n.º 8.

1880, com uma declaração de 4 de julho de 1881, e com o Brasil, de 9 de setembro de 1889, para o reconhecimento reciproco da propriedade litteraria e equiparação dos subditos dos estados contractantes sob o ponto de vista dos direitos de auctor, e porisso os belgas, franceses, hespanhoes e brasileiros serão privilegiados em relação a quaesquer outros estrangeiros com cuja nação não haja tratado ou cujas leis nacionaes não reconheçam aos portugueses os direitos de auctor. Do mesmo modo, entrou Portugal na União internacional para a protecção da propriedade industrial e commercial constituida por convenção de 20 de março de 1883, e tem convenções especiaes relativas a marcas de fabrica e de commercio com o Brasil, de 29 de outubro de 1879, e com a Inglaterra, de 6 de janeiro de 1880, e, porque as convenções equiparam os subditos dos estados contractantes, quanto á garantia das marcas industriaes e commerciaes, os nacionaes dos estados da União bem como os brasileiros e ingleses não residentes em Portugal serão privilegiados em relação a outros estrangeiros que cá não residam e cujas leis nacionaes não reconheçam aos portugueses o direito de registar as marcas industriaes ou commerciaes.

2.º) *Privilegios legaes e funcçionaes.* O privilegio legal resulta, como vimos, da realização de determinadas condições previstas pela lei. E assim serão privilegiados em Portugal, quanto ao direito de propriedade litteraria, os nacionaes de países que reconheçam aos portugueses tal direito, em harmonia com o art. 578.º do código civil, e, quanto ao direito de registar marcas industriaes e commerciaes, os estrangeiros residentes no reino ou cuja lei nacional reconheça aos portugueses esse direito.

O privilegio funcçional deriva das qualidades de chefe de estado, de agente diplomatico e de consul.

1.º) *Chefes de estado.* Não ha no direito portugûês disposições especiaes acerca das prerogativas dos chefes das nações

estrangeiras, a não ser acerca da garantia da sua inviolabilidade estabelecida pelos artt. 159.º e 160.º do código penal, que punem de modo especial os auctores de offensas contra os chefes de estado estrangeiros, mandando applicar o maximo da pena correspondente ao crime que commetter áquelle que offender algum chefe de estado residente em Portugal, e mandando applicar a prisão correccional até seis meses e multa até um mês áquelle que offender publicamente por palavras, ou por escripto ou desenho por qualquer modo publicado, o chefe duma nação estrangeira. São-lhes, porém, reconhecidas taes prerogativas em harmonia com o *direito publico das nações*, segundo a expressão do citado art. 159.º do código penal. Com effeito, as prerogativas dos chefes de estado em país estrangeiro são estabelecidas pelo direito internacional consuetudinario que regula as relações dos estados que fazem parte da communiidade internacional e devem ellas ser reconhecidas em Portugal como membro dessa communiidade.

2.º) *Agentes diplomaticos*. As prerogativas dos agentes diplomaticos são egualmente estabelecidas pelo direito publico das nações e por esse motivo devem elles gosar no nosso país das isenções que deixamos definidas. As leis portuguezas consagram por vezes expressamente algumas dessas isenções, não porque lhes recusem as demais, mas para tornar mais certa a sua garantia. Assim, a inviolabilidade diplomatica é formalmente garantida pelo art. 150.º do código penal nos mesmos termos em que é estabelecida para os chefes de estado; os filhos dos agentes diplomaticos nascidos em Portugal têm a nacionalidade dos paes ¹; os agentes diplomaticos devem ser inquiridos, como testemunhas, nas suas residencias ²,

¹ Código civil, art. 18.º, n.º 2.º

² Código do processo civil, art. 266.º, n.º 4.º. Notaremos que o de-

são isentos do pagamento da contribuição industrial ¹, da contribuição de renda de casas e sumptuaria ², e bem assim de direitos alfandegarios, sob a condição de reciprocidade ³. Mas, alem destas, devem ser concedidas em Portugal aos agentes diplomaticos estrangeiros as isenções estabelecidas pelo direito internacional ⁴. E o que dizemos dos agentes diplomaticos, applica-se ao pessoal das legações nos termos já referidos.

Deve accrescentar-se ainda que os agentes diplomaticos são expressamente isentos pelas leis portuguezas de legitimarem a sua residencia ⁵ e que, na hypothese de se lhes fazer qualquer citação ou intimação, se deve observar o que estiver estipulado em tratados e, na falta de tratados, o principio da reciprocidade ⁶, parecendo comtudo que se deve recorrer á via diplomatica, pelo respeito devido ás nações que representarem.

3.º *Consules*. Os consules estrangeiros têm em Portugal uma sítuação moledada pelos principios acima estabelecidos

poimento dos agentes diplomaticos deyerá ser pedido pela via diplomatica e que não podem os mesmos agentes ser obrigados a depôr. É o principio de direito internacional com o qual deve harmonizar-se a disposição do codigo do processo.

¹ Reg. de 16 de julho de 1896, art. 5.º, n.º 1.

² Reg. de 24 de abril de 1902, art. 1.º, § unico, n.º 1.º

³ Dec. de 14 de outubro de 1851 e Carta de Lei de 10 de maio de 1892, art. 7.º, § unico, O principio da reciprocidade, alem dos direitos alfandegarios, deve applicar-se a quaesquer contribuições de que os agentes diplomaticos não sejam isentos por lei expressa. A isenção de contribuição é um acto de cortezia e, porisso, sujeita, á falta de indicação em contrario, ao referido principio de reciprocidade.

⁴ Conf. Alvará de 11 de dezembro de 1749.

⁵ Regulamento de policia de 1863, art. 6.º

⁶ Codigo do processo civil, art. 184.º

acerca das prerogativas consulares nos demais estados que fazem parte da communidade internacional.

Deve ser-lhes assegurada certamente a inviolabilidade pessoal para a pratica dos actos da sua missão, e bem assim a inviolabilidade dos archivos consulares, salvaguardando-os do exame ou sequestro das auctoridades locais, pois, sem essa dupla inviolabilidade, não poderiam desempenhar com segurança o seu mandato.

Quanto á immuniidade de jurisdicção, não gosam da isenção de jurisdicção criminal, a não ser que lhes seja concedida em tratados, nem da isenção de jurisdicção civil, a não ser pelos actos praticados na sua qualidade official e dentro dos limites dos seus poderes. Todavia, em quaesquer citações que tenham de fazer-se-lhes, deve observar-se o que estiver estipulado em tratados e convenções, e, na falta de tratados, o principio da reciprocidade.

Em principio tambem não são os consules isentos de depôr como testemunhas. Comtudo a lei facilita-lhes o depoimento, estabelecendo que elles sejam inquiridos na sua residencia, observando-se o que estiver estipulado em tratados ou, na sua falta, o principio da reciprocidade¹.

Alóra o que esteja estabelecido em convenções, são os consules isentos do pagamento de contribuição industrial pelos

¹ Cod. de proc. civil, artt. 184.º e 266.º Nem o art. 184.º, quanto a citações e intimações, nem o art. 266.º, quanto a depoimento testemunhal, falam designadamente em consules. Compreendem-se elles, porém, nas palavras — *quaesquer representantes de potencias estrangeiras*, accrescadas ao projecto na Camara dos deputados, «sobretudo, nota o Sr. DIAS FERREIRA, para compreender os consules, que no direito internacional moderno são considerados verdadeiros representantes do seu país com respeito ás funções que desempenham em territorio estrangeiro». *Cod. proc. civ. annot.*, 1, pag. 268.

proventos do seu emprego¹, bem como do pagamento da contribuição sumptuaria e de renda de casas, quando não recebam no reino outros rendimentos alem dos provenientes dos respectivos cargos².

Ainda as leis portuguezas dispensam os consules estrangeiros de legitimarem a sua residencia quando entram no territorio³.

Por fim, devem ser-lhes concedidos os direitos honorificos de collocar o escudo de armas da sua nação na casa do consulado e de usar a bandeira nacional nos casos acima indicados.

Alem d'estes privilegios, terão os consules estrangeiros todos os que lhes forem reconhecidos em tratados ou directamente ou pela clausula de nação mais favorecida. E ainda, na falta de tratados, todos os que possam fundar-se no principio da reciprocidade. É o que aconselham os deveres de cortesia internacional⁴.

101. Os operarios estrangeiros podem entrar livremente em Portugal, sem que a sua admissão seja limitada por quaesquer medidas tendentes a proteger o trabalho nacional. Não contém disposição alguma restrictiva a seu respeito os diplomas reguladores do ingresso de estrangeiros no reino.

Egualmente podem trabalhar no reino sem que o seu trabalho deva estar sujeito a qualquer encargo que não pese egualmente sobre os trabalhadores nacionaes⁵.

¹ Reg. de 16 de julho de 1896, art. 5.º, n.º 2.

² Reg. de 24 de abril de 1902, art. 1.º, § unico, n.º 2.

³ Dec. de 7 de abril de 1863, art. 6.º, e dec. de 4 de julho de 1904, art. 1.º

⁴ *Revista de legislação e jurisprudencia*, vol. xxvi, pagg. 344 e segg.; *Officio inedito do ministerio da marinha e ultramar*, naquella *Revista*, vol. cit., pag. 346.

⁵ Cod. civ., artt. 26.º e 567.º

Este principio de egualdade entre operarios nacionaes e estrangeiros mantem-se, expressa ou tacitamente, nas poucas leis que entre nós têm estabelecido a regulamentação administrativa do trabalho.

Assim, o decreto de 14 de abril de 1891, que regulou o trabalho dos menores e das mulheres nos estabelecimentos industriaes, declara expressamente no art. 1.º que as suas disposições são applicaveis aos menores e ás mulheres de *qualquer nacionalidade* que trabalham naquelles estabelecimentos. E no mesmo principio sem duvida se inforaram os decretos de 6 de junho de 1895 e de 20 de outubro de 1898 relativos á hygiene e segurança nas construcções civis, os quaes representam o desinvolvimento e regulamentação de disposições do decreto de 1891. E é justo que assim se proceda, pois, desde que se admitte a mão d'obra estrangeira, deve dispensar-lhe a protecção que dum modo geral garante a mão d'obra nacional.

A egualdade apparece semelhantemente no meio de approximação entre a offerta e procura do trabalho, pois os diplomas reguladores das bolsas do trabalho, decreto de 9 de março de 1893 e regulamento de 25 de maio do mesmo anno, falam em geral de operarios e, porque os operarios estrangeiros são admittidos a trabalhar em Portugal, devem considerar-se incluídos nessa designação generica.

Mas, ou os operarios se relacionem directamente com os patrões ou o façam por meio das bolsas de trabalho, o meio de organizar as suas relações — *contracto de trabalho*, regulado nos artt. 1391 e seguintes do codigo civil, é egual para nacionaes e estrangeiros, por força do art. 26.º do mesmo codigo, á parte, bem intendido, a applicação que deva fazer-se das leis estrangeiras em harmonia com os principios do direito internacional privado.

E egual ainda é a situação entre operarios nacionaes e estrangeiros — quanto á indemnização por accidentes do trabalho,

sendo ainda seguida entre nós a theoria da culpa áquiliana ¹, — quanto á forma de resolução dos conflictos do trabalho pelos tribunaes de arbitros avindores ², — e quanto ás associações de classe, com a restricção de que os corpos gerentes ou mesa das referidas associações só podem ser formados por subditos portuguezes no goso dos seus direitos civis ³, o que tem como consequencia que, embora os operarios estrangeiros tenham o direito de associação em face do art. 359.º do codigo civil combinado com o art. 26.º do mesmo codigo, só podem constituir associações de classe conjunctamente com cidadãos portuguezes, já que só estes podem formar os corpos gerentes das mesmas associações.

A desigualdade entre operarios nacionaes e estrangeiros, já revelada quanto a associações de classe, tambem em parte existe no que respeita ás instituções de previdencia.

Está entre nós bastante atrasada a organização da previdencia operaria, mas mesmo no seu atraso offerece differenças entre trabalhadores nacionaes e estrangeiros.

A previdencia de character particular pode ser organizada pelos proprios operarios nas *associações de soccorros mutuos*, as quaes podem estabelecer auxilios — para soccorrer os socios doentes, ou impossibilitados temporariamente de trabalhar, e fazer o funeral dos que fallecerem, — para estabelecer pensões para os socios permanentemente inhabilitados de trabalhar ou para os herdeiros dos socios fallecidos, — e para qualquer outro fim das associações de previdencia. As associações de soccorros mutuos podem ser creadas directamente pelos interessados ou pode ser promovida a sua criação pelas associações

¹ Cod. civ., art. 2398.º

² Lei de 14 de agosto de 1889, e dec. de 19 de março de 1891.

³ Dec. de 9 de maio de 1891.

de classe. Num caso ou noutro, é permittido aos operarios estrangeiros fazerem parte de semelhantes associações, pois que a lei nenhuma restricção estabelece a seu respeito¹.

As associações de classe podem egualmente crear caixas economicas, onde quaesquer socios poderão depositar as suas economias e que devem ser facultadas á previdencia dos socios estrangeiros.

Ainda a previdencia privada pode ser organizada pelos empresarios para os operarios que trabalham nos seus estabelecimentos, e então dependerá dos mesmos empresarios a admissão dos operarios estrangeiros a participar das vantagens dessa forma de previdencia.

Mas em alguma coisa já a acção official procurou facilitar ou organizar a previdencia operaria. É o que se dá com a simples *economia* e com as *aposentações operarias*.

A simples economia pode ser realizada na *Caixa economica portuguesa*, regulada pelas leis de 26 de abril de 1880, 15 de julho de 1885 e 21 de maio de 1896, onde é permittido o *deposito voluntario* de pequenas quantias a *qualquer individuo* maior e no goso dos seus direitos civis. O modo por que a lei se exprime faculta certamente esta fôrma de economia aos operarios estrangeiros.

A aposentação operaria foi estabelecida, dum modo geral, para os operarios dos estabelecimentos fabris do estado ou dos serviços delles dependentes que tenham caracter de permanencia, pelo decreto de 17 de julho de 1886, e foram creadas para os operarios que trabalham por conta de particulares pela lei de 21 de maio de 1896. Ambas estas leis tornam as reformas operarias facultativas, pois apenas as estabelecem

¹ Decreto de 2 de outubro de 1896.

para os trabalhadores que queiram sujeitar-se ao pagamento das respectivas quotas ¹.

A lei de 1896 exclue expressamente os operarios estrangeiros, estabelecendo como uma das condições da inscripção como pensionista da caixa de aposentação para trabalhadores a qualidade de cidadão português ².

O decreto de 1886 concede sem restricções o direito a reforma aos operarios dos estabelecimentos fabris do estado. Nesses estabelecimentos poderão ser admittidos operarios estrangeiros, já que se trata de simples serviço salariado, e, desde que sejam admittidos, deve aproveitar-lhes o beneficio estabelecido pela lei.

Como já dissemos acima, o nosso direito equipara operarios nacionaes e estrangeiros quanto ao direito á indemnização no caso dos accidentes do trabalho. É a doutrina que resulta da comparação do art. 2398.º do codigo civil, onde está fundamentalmente estabelecido o direito áquella indemnização, com o art. 26.º do mesmo codigo, que formula o principio geral da equiparação entre nacionaes e estrangeiros.

A theoria de indemnização pelos accidentes do trabalho consagrada pelo codigo civil é a theoria da culpa aquiliana, emquanto obriga o empresario á indemnização quando os accidentes resultam de culpa sua ou de agentes seus e o damno causado proceda de actos contrarios aos regulamentos geraes ou particulares de determinadas obras, industrias, trabalhos ou empresas, ou proceda da omissão de actos exigidos pelos mesmos regulamentos. E a theoria do codigo civil é ainda a theoria vigente, pois as leis posteriores que se têm referido aos accidentes do trabalho apenas têm procurado tornar effe-

¹ Dec. de 1886, art. 1.º; Lei de 1896, art. 30.º

² Lei de 1896, art. 29.º

ctiva a sua execução, sem lhe introduzirem modificações¹. Têm-se as nossas leis conservado indifferentes ao movimento doutrinal e legislativo no sentido da transformação do instituto da responsabilidade pelos accidentes do trabalho, desde a doutrina da culpa contractual até á theoria do risco profissional e do seguro obrigatorio, traduzindo-se essa indiferença muitas vezes na dificuldade ou na impossibilidade de os operarios obterem a indemnização que lhes causam os accidentes do trabalho. Mas, dentro da theoria adoptada, nenhuma differença estabelecem as leis portuguezas entre trabalhadores nacionaes e estrangeiros.

DIVISÃO II

Pessoas juridicas

SUMMARIO : — 103. Os Estados e as pessoas moraes estrangeiras segundo o direito português. — 104. A Igreja e as sociedades internacionaes em face das leis do reino. — 105. Sociedades commerciaes estrangeiras : seu reconhecimento, nacionalidade e capacidade juridica.

103. a) *Estados*. Os estados que o governo português tenha reconhecido expressa ou tacitamente gosam de individualidade juridica em Portugal e podem cá exercer direitos privados de ordem patrimonial. O reconhecimento da capacidade politica envolve o reconhecimento da capacidade civil e, porque não ha nas leis portuguezas disposição alguma que recuse essa capa-

¹ Conf. Dec. de 6 de março de 1884, artt. 32.º, 33.º, 34.º, 41.º e 42.º; dec. de 30 de junho de 1884, art. 39.º; dec. de 14 de abril de 1891, artt. 19.º, 29.º e 36.º; dcc. de 6 de junho de 1895, artt. 10.º, 29.º, 30.º, 34.º, 38.º e 43.º; port. de 7 de agosto de 1897, e decreto de 24 de dezembro de 1902, artt. 285.º, 289.º, 322.º e 323.º

cidade aos estados estrangeiros, deve considerar-se como existente essa capacidade em face do nosso direito. Comtudo, semelhante capacidade não pode ser superior á dos estrangeiros-individuos e todas as restricções que existam a respeito destes e sejam susceptiveis de applicar-se aos estados, devem ser-lhes effectivamente applicadas. Assim, um estado estrangeiro não poderá ser proprietario dum navio portuguez, como qualquer individuo estrangeiro tambem o não pode ser. Não poderá egualmente um estado estrangeiro exercer em Portugal direitos que, embora se concedam aos individuos estrangeiros, pelo espirito e condições da concessão lhe não possam ser reconhecidos. É o que acontece, por exemplo, com a concessão de terras do estado no Ultramar, que pode ser feita, por aforamento, a estrangeiros residentes em territorio portuguez ha mais de seis meses, condição que não pode verificar-se evidentemente em relação aos estados ¹.

b) *Pessoas moraes*. Não ha nas leis portuguezas uma disposição explicita acerca das pessoas moraes estrangeiras, nem quanto ao seu reconhecimento nem a respeito da sua capacidade juridica. Terão comtudo existencia legal no reino? E, tendo-a, qual a sua capacidade juridica?

Em principio, desde que uma pessoa moral esteja legalmente constituida em país estrangeiro e o fim que ella se propõe não seja considerado illicito pelo estado local, deve este estado ter como existindo juridicamente essa pessoa moral. Assim deverá ser tambem em Portugal.

Não obstarão, porém, os artt. 26.º e 33.º do codigo civil, restringindo o primeiro aos estrangeiros que *viagem* ou *residam* em Portugal o goso de direitos civis e declarando o segundo que nenhuma associação ou corporação pode representar uma

¹ Instrucções de 30 de outubro de 1902, art. 15.º, § 3.º

individualidade jurídica não se achando legalmente auctorizada? Intendemos que não. O pensamento do art. 26.º não foi subordinar a concessão de direitos civis aos estrangeiros á condição de viajar ou residir no reino, mas simplesmente equiparar os estrangeiros aos nacionaes quanto ao gozo desses direitos, considerando embora exemplificativamente a hypothese mais commum de os estrangeiros viajarem ou residirem no reino. Doutra maneira, dar-se-ia a incoherencia de a lei portuguesa recusar ao homem associado o que concede ao homem isolado e viria o corollario de mesmo as pessoas phisicas não poderem possuir bens no reino ou delles dispôr quando aqui não residissem, o que de certo não é o espirito da lei. O art 33.º refere-se, em nosso intender, ás pessoas moraes portugesas. É a consagração do systema romanista da auctorização para a *formação* de pessoas moraes em Portugal. Representa o artigo o meio de *constituição* no país e não um principio de existencia legal das pessas moraes estrangeiras. Por um lado, não ha referencia alguma a estas pessoas e, por outro, vem auctorizar a nossa interpretação o art. 109.º do código commercial. Aquelle artigo auctoriza as sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro a praticar no reino actos do respectivo commercio não contrarios á lei portuguesa. Ora, se se reconhece a capacidade duma sociedade constituída com um fim de lucro, não haverá razão para a reconhecer as sociedades de fins differentes e até mais elevados, como fins scientificos, humanitarios, etc.?

Mas, se a lei portuguesa as reconhece, que direitos podem exercer em Portugal as pessoas moraes estrangeiras? Os direitos civis reconhecidos pela lei do país da sua constituição e que em Portugal possam ser justificados pelos interesses legitimos do seu instituto, que é o limite marcado pelo art. 34.º do código civil á capacidade jurídica das pessoas moraes, limite que, por virtude do art. 26.º, deve abranger as pessoas moraes

estrangeiras. E, no exercicio desses direitos, ficam naturalmente sujeitas ás auctorizações impostas ás pessoas moraes portuguezas para a pratica de determinados actos e ás restricções a que essas mesmas pessoas andam subordinadas, como é a restricção posta ás corporações de instituição ecclesiastica, que só podem herdar até ao valor do terço da terça do testador (cod. civil, art. 1781.º).

104. *c) Igreja e sociedades internacionaes.* Portugal pertence ao numero dos estados que reconheceram a Santa Sé como um soberano e como uma instituição de direito publico exercendo uma funcção legitima, e por isso igualmente lhe deve reconhecer a capacidade juridica. Á falta de disposição em contrario, assim se deve intender o direito portuguez.

Tem Portugal igualmente reconhecido alguma das uniões internacionaes entrando na sua constituição ou adherindo ás suas convenções organicas, pelo que implicitamente reconhece a capacidade juridica dessas uniões para a pratica dos actos tendentes á realização do seu fim. Das restantes uniões, tambem deverá reconhecer a individualidade juridica, já que ellas representam uma affirmacão da progressiva solidariedade dos estados modernos, emquanto o exercicio dessa individualidade não for contrario ás prescripções das leis portuguezas ¹.

¹ Portugal adheriu em 1886 á União geodesica, faz parte das uniões telegraphica, dos pesos e medidas, postal, para a protecção da propriedade industrial, para a repressão do trafico e para a publicação das pautas aduaneiras, tomou parte na conferencia de sismologia de 1903, e assignou a convenção sanitaria de 1903, bem como a convenção de 7 de junho de 1905, que creou o Instituto internacional de agricultura e constituiu entre os estados signatarios uma União internacional de agricultura para o effeito da protecção dos interesses agricolas dos mesmos estados.

105. *d) Sociedades commerciaes.* O direito commercial portugês accêta o principio geral do reconhecimento das sociedades de commercio estrangeiras. É o que claramente resulta do art. 109.º do codigo commercial: «As sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro, que não tiverem séde, succursal ou qualquer especie de representação social no reino, poderão, apesar disso, praticar nelle os respectivos actos de commercio não contrarios á lei nacional».

Este principio geral soffre, porém, certas restricções, como as constantes 1) dos artt. 110.º a 112.º do mesmo codigo, 2) do acto de navegação de 8 de julho de 1863 sobre a propriedade dos navios portugueses, 3) da lei de 3 de abril de 1896 e respectivo regulamento de 27 de agosto do mesmo anno sobre bancos e companhias que pratiquem operações bancarias, 4) da lei de 27 de abril de 1901 sobre o regimen bancario ultramarino, e 5) da lei de 9 de maio do mesmo anno sobre concessão de terrenos no ultramar.

1.º) As restricções estabelecidas pelo codigo commercial são as seguintes: α) as sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro, que estabeleçam no reino succursal ou qualquer especie de representação social, ficam sujeitas ás disposições do codigo commercial portugês quanto ao registo e publicação dos actos sociaes e mandatos dos respectivos representantes nos mesmos termos que as correspondentes sociedades nacionaes e quanto á fallencia nos termos do art. 13.º, § unico, do codigo de processo commercial, e os representantes de semelhantes sociedades contraem para com terceiros a mesma responsabilidade que os representantes das sociedades nacionaes (cod. comm., art. 111.º e § unico); β) as sociedades que se queiram constituir em país estrangeiro, mas que devam ter séde no reino e nelle exercer o seu principal commercio, serão consideradas para todos os effeitos como sociedades nacionaes e ficarão sujeitas a todas as disposições do codigo commercial

(cod. cit., art. 110.^o); γ) as sociedades constituídas em país estrangeiro que não houverem satisfeito às prescripções indicadas nas alíneas α) e β) serão sujeitas às comminações da lei portugueza, ficando os seus representantes, de qualquer especie que sejam, responsaveis pessoal e solidariamente por todas as obrigações sociaes, contraídas no exercicio das suas funções (cod. cit., art. 112.^o).

2.^o) Segundo o acto de navegação, só podem possuir navios portuguezes as companhias de navegação ou de reboques estabelecidas em Portugal e legalmente auctorizadas (art. 3.^o, n.^o 4.^o, e art. 6.^o).

3.^o) A lei e regulamento de 1896, ao mesmo tempo que determinaram que nenhuma sociedade anonyma poderia constituir-se definitivamente, a partir da sua vigencia, para o exercicio exclusivo ou simultaneo de operações bancarias, sem permissão especial do governo, que poderá concedê-la ou não, conforme intender conveniente (Lei, art. 18.^o), dispuseram que nenhuma companhia ou sociedade anonyma estrangeira, que igualmente tenha por fim o exercicio exclusivo ou simultaneo de operações bancarias, poderia ter succursal ou agencia em Portugal sem auctorização do governo, que não a concederá sem que se fixe o capital com que a agencia ou succursal pretende funcionar no país e sem que se obrigue a ter á frente dos negocios da agencia ou da succursal um agente ou director responsavel (Lei, art. 18.^o, § unico; Reg., art. 5.^o, §§ 1.^o e 2.^o).

4.^o) A lei de 27 de abril de 1901, concedendo o direito de praticar operações de credito, nas provincias ultramarinas, como especulação bancaria, á excepção da emissão de notas e de obrigações prediaes (estas duas operações ficaram constituindo exclusivos a conceder pelo governo a um ou mais bancos portuguezes com séde em Lisboa) a commerciantes nacionaes ou estrangeiros, resalvou as provincias de Angola, Guiné,

Cabo Verde e S. Thomé e Príncipe, onde só podem funcionar estabelecimentos bancarios portuguezes constituídos segundo a legislação em vigor na metropole (artt. 3.º e 4.º).

5.º) A lei de 9 de maio de 1901 limita a capacidade de receber concessões de terrenos no ultramar às sociedades portuguezas.

Vê-se assim que é fundamental a distincção entre sociedades portuguezas e estrangeiras e porisso torna-se indispensavel determinar o systema do direito portuguez acerca da nacionalidade das sociedades commerciaes.

A leitura dos artigos 109.º, 110.º e 111.º do codigo commercial mostra que a nacionalidade das sociedades mercantis anda relacionada com o país da constituição, com a sêde social e com o logar de exercicio do commercio. Serão porém necessarios todos estes elementos cumulativamente para a determinação da nacionalidade? Bastará ao contrario qualquer ou algum delles?

Se uma sociedade se constitue em Portugal e ahí fixa a sua sêde social e exerce o seu commercio, não ha duvida de que tem a nacionalidade portuguesa. É a convergencia dos elementos referidos nos tres artigos.

Se a sociedade se constitue em país estrangeiro, mas desloca para Portugal a sua sêde e o exercicio do seu commercio, é para todos os effeitos uma sociedade portuguesa, por força do art. 110.º, o que mostra que uma sociedade não precisa de constituir-se em Portugal para ter a nacionalidade portuguesa. Quando muito, deverá ter no reino a sêde da sua administração e exercer cá o seu commercio.

Mas ainda será necessario tanto? Se a sociedade se constitue em país estrangeiro, se em país estrangeiro exerce o seu commercio, e apenas fixa em Portugal a sêde da sua administração e cá pratica os actos de commercio que suppõe a administração social, ainda será portuguesa ou já deverá consi-

derar-se estrangeira? A analyse dos artigos 109.º, 110.º e 111.º parece auctorizar a conclusão de que o factor determinante da nacionalidade é a séde social e de que porisso ainda semelhante sociedade deve ser tida por portuguesa. Effectivamente, emquanto a séde se conserva em país estrangeiro, o commercio social, ou simples (art. 109.º) ou por meio de agencias ou seccursaes (art. 111.º), não attribue á sociedade a nacionalidade portuguesa; mas, logo que a séde é no reino, a sociedade é nacional (art. 110.º), signal, segundo cremos, de que a séde decide da nacionalidade social.

Mas os artigos 109.º, 111.º, 112.º e 54.º fallam em *sociedades legalmente constituída em país estrangeiro* ou simplesmente em *sociedades constituídas em país estrangeiro*, e o artigo 4.º, n.º 1, diz que os actos de commeacio serão regulados quanto á substancia e effeitos das obrigações pela lei do logar onde foram praticados, o que parece indicar que o mero facto da constituição num determinado país e portanto em Portugal é sufficiente para attribuir á sociedade constituída a nacionalidade desse país. Não cremos, porém, que fosse esse o pensamento do legislador. Em primeiro logar, contrasta semelhante doutrina com a importancia que os artigos 109.º, 110.º e 111.º dão á séde social. Depois, o artigo 4.º deve intender-se sem prejuizo das disposições especiaes do codigo, sendo demais a mais certo que o citado n.º 1 daquelle artigo dá ás partes a faculdade de escolherem outra lei e o artigo 110.º contraria evidentemente a applicação do principio da autonomia da vontade á escolha da nacionalidade social. Por fim, o artigo 54.º, determinando as condições em que as sociedades constituídas em país estrangeiro, que queiram estabelecer succursal ou qualquer especie de representação social no reino, obriga-as a apresentar ao registo commercial, além dos documentos exigidos ás nacionaes, *um certificado do respectivo agente consular português de se acharem constituídas e funcionando em harmo-*

nia com as leis do respectivo país, certificado que certamente só pôde ser passado pelo agente consular da séde da sociedade, pois é ali que a mesma sociedade *funciona*. Portanto, as expressões *sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro* e *sociedades constituídas em país estrangeiro* parecem equivalentes a est'outras *sociedades legalmente constituídas no estrangeiro* ou *sociedades estrangeiras legalmente constituídas*, e a logica interpretação das disposições do código commercial parece comprovar que o legislador portugûês viu na séde social, embora real e não ficticia, o elemento decisivo da nacionalidade das sociedades commerciaes.

Consequentemente, uma sociedade deverá ser considerada nacional ou estrangeira segundo o logar onde estiver a séde social, e deverá julgar-se legalmente constituída no país onde se encontrar a mesma séde como centro da administração social.

A condição ou capacidade jurídica das sociedades estrangeiras em Portugal pode determinar-se segundo este principio geral: as sociedades estrangeiras podem praticar no reino os respectivos actos de commercio não contrarios ás leis portuguesas ou que estas leis não reservem aos cidadãos portugueses ou ás sociedades nacionaes. Quando, porém, queiram exercer o commercio em Portugal por meio de succursal ou de qualquer especie de representação social, ficam sujeitas ás prescripções do art. 111.º do código commercial e, no caso de não cumprimento dessas prescripções, ás penalidades do art. 112.º do mesmo código; e, quando a agencia ou succursal duma sociedade anonyma estrangeira tenha por fim o exercicio exclusivo ou simultaneo de operações bancarias, só poderá funcionar no reino mediante auctorização do governo nos termos já indicados. É a doutrina que resulta das disposições de lei acima referidas.

Como os individuos, são as sociedades estrangeiras pessoas legitimas para estar em juizo na qualidade de auctor ou de reu. Se tiverem agencia ou succursal no reino, serão deman-

dadas no juizo da circumscripção da agencia ou succursal; se cá não tiverem representação social, só podem ser demandadas perante as justiças portuguesas quando cá sejam encontrados os seus representantes e no juizo do logar onde elles forem encontrados (cod. de proc. civ., art. 18.º, § 2.º, e art. 20.º; cod. comm., art. 5.º, e cod. de proc. comm., art. 8.º) ¹.

As pessoas juridicas estrangeiras de caracter privado, que não sejam sociedades commerciaes, poderão praticar no reino, em virtude do principio geral do reconhecimento da capacidade civil internacional, não contrariado pelas leis portuguesas, os actos para que sejam capazes segundo as leis do seu país, não contrarios ás leis locaes.

¹ Sr. Dr. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, pag. 170.

§ IV

Protecção dos estrangeiros ¹

SUMMARIO : — 106. Protecção dos estrangeiros pelo estado de origem. Formas geraes de protecção: regulamentação do exercicio de direitos e defesa contra a violação dos mesmos direitos. — 107. Organização da protecção dos estrangeiros: legações diplomaticas e consulados. Origem, evolução e organização da instituição consular. — 108. Corpo consular portuguez. — 109. Investidura dos consules. A carta patente e o *exequatur*. — 110. Funções consulares. Sua classificação. Funções de protecção singular dos interesses individuaes. Funções de assistencia. — 111. Funções relativas ao estado civil. — 112. Funções notariaes e funções jurisdiccionaes. — 113. Protecção dos estrangeiros contra a violação dos seus direitos. Condições em que pode ser exercida a protecção. — 114. Principaes casos em que a protecção poderá ter logar. — 115. Formas de exercicio da protecção.

106. A emigração do país a que o individuo pertence não faz perder a nacionalidade antiga, nem a immigração num outro país determina a aquisição duma nacionalidade nova. A não ser que intervenha um acto voluntario de naturalização, conservam os immigrados a sua nacionalidade e por ella um vinculo de direito com o estado de origem.

Desta ligação entre os estados e os seus subditos expatria-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pag. 442, e tom. II, pag. 95; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 170 e 410; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 375 e 407; RIVIER, *ob. cit.*, I, pag. 519; PRADIER, *ob. cit.*, IV, pagg. 2034 e segg.; NYS, *ob. cit.*, II, pag. 221; ANZILOTTI, *La responsabilité des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, na *R. D. I. P.*, 1906, pagg. 5 e segg. e 285 e segg.

dos derivou para o estado o *direito de proteger* os nacionaes residentes em país estrangeiro.

A protecção reveste duas formas geraes. Uma vez é exercida para o effeito de definir e regular a situação dos nacionaes que se encontram em país estrangeiro, bem como para facilitar o exercicio dos seus direitos e manter as suas relações com o país. Outras vezes destina-se a defender os direitos dos mesmos nacionaes quando violados pelo governo, por funcionarios ou particulares do estado local. Estudaremos successivamente as duas formas de protecção, determinando as condições e os limites do seu exercicio.

107. A primeira forma de protecção dos nacionaes residentes em país estrangeiro realiza-se, ou pela celebração de tratados, ou pelo estabelecimento de legações diplomaticas, ou, principalmente, pela organização de consulados.

Pela celebração de tratados podem os estados ou definir os direitos dos nacionaes de cada um dos contractantes no territorio do outro ou dos outros contractantes, ou regular o modo de exercicio desses direitos. Num caso ou noutro é manifesta a acção protectora, pois se torna certa a situação dos estrangeiros.

Os agentes diplomaticos, alem de representantes do seu governo junto dos governos estrangeiros para a protecção e defesa dos direitos e interesses geraes do estado que os envia, são protectores dos nacionaes desse estado, incumbindo-lhes em geral a superintendencia na administração consular, á qual está principalmente confiada a protecção dos nacionaes, e tendo até, segundo a legislação de alguns países, attribuições consulares, como funcções notariaes ou de registo civil, relativamente aos subditos do estado que representam ¹.

¹ Os agentes diplomaticos portuguezes dirigem a administração con-

A protecção dos nacionaes dum país residentes em país estrangeiro é, porém, directamente confiada aos consules desse país. Traçaremos, porisso, as linhas geraes da organização da instituição consular, para depois descrevermos a sua função de protecção dos subditos do estado a que pertencem os consulados.

Dum modo geral, pode dizer-se que os consules são funcionarios nomeados pelo estado com a missão de residirem em país estrangeiro, de ali promoverem o desenvolvimento e a defesa da sua industria e do seu commercio, de o terem ao corrente do movimento industrial e commercial do estado local, e de protegerem os seus subditos, exercendo certas funções administrativas ou judicarias.

A origem certa da instituição consular encontra-se na idade media. Nasceu nas *feitorias* christãs do Levante ou colonias commerciaes fundadas pelos europeus nas cidades da costa oriental do Mediterraneo a partir, principalmente, do tempo das Cruzadas do Oriente. O seu apparecimentô nas *Escalas* do Levante foi o producto da concorrência de tres factores: 1.º) a formação das feitorias nas cidades do Oriente; 2.º) a pratica seguida nas cidades commercias do meio-dia da Europa de os commerciantes elegerem magistrados especiaes chamados *consules*, encarregados da policia dos mercados e do julgamento dos litigios entre negociantes; 3.º) o systema da personalidade das leis, que dominara nos principios da idade media e fizera sentir a sua acção nos tempos posteriores nos países do Levante, cujo principio fundamental era que o individuo, mesmo fóra do seu país, estava sujeito ás leis e

sular portuguesa nos países onde se encontram acreditados e exercem attribuições consulares, na séde das legações, em Tanger, Pekim e Tokio (Dec. de 24 de dezembro de 1901, artt. 33.º, § 5.º, e 37.º; dec. de 8 de agosto de 1903, art. 7.º).

jurisdições nacionaes. Da combinação destes factores resultou que os commerciantes europeus das feitorias do Levante, conseguindo facilmente dos chefes locais a isenção das jurisdições territoriaes e copiando as instituições das suas cidades de origem, começaram a eleger *consules*, que fossem os dirigentes da colonia e os juizes dos seus pleitos. Assim originada, a instituição consular generaliza-se não só nos países do Oriente, mas pelas diferentes nações da Europa e successivamente por toda a parte, e, embora soffrendo transformações mais ou menos importantes, fixa-se no quadro das instituições progressivas das sociedades e prevalece como um dos mais fecundos organismos das relações internacionaes.

A historia dos consulados tem atravessado tres phases evolutivas caracteristicas, cujos traços fundamentaes vamos apresentar, para bem podermos compreender o seu estado actual e as principaes modalidades de organização e funcionamento que elles offerecem nos diversos países.

a) *Primeira phase.* No primeiro periodo da sua existencia, que decorre desde o seculo xi até aos principios do seculo xvi, os consules eram, geralmente, *eleitos* pelos nacionaes dum país residentes em país estrangeiro, e porisso se chamavam *consules electi*. As suas funções eram, nesse periodo, a direcção da colonia que os elegia e a jurisdição entre os membros da mesma colonia. A *eleição* e a *jurisdição* são os signaes caracteristicos da instituição consular na primeira phase do seu desenvolvimento, a eleição que era uma isenção em relação ao estado de origem, e a jurisdição que era uma isenção em face do estado local. A eliminação progressiva destas isenções caracteriza as duas phases restantes da historia dos consulados.

b) *Segunda phase.* No seculo xvi operou-se, na organização da instituição consular, uma transformação importante determinada pelas tendencias dos estados europeus para a centralização de

todos os poderes. A concentração monarchica attribuiu pouco e pouco aos soberanos a nomeação dos juizes e fez com que os consules, em vez de eleitos, como no periodo anterior, passassem a ser nomeados e *enviados* pelo governo do estado de origem, dando-se-lhes, por isso, o nome de *consules missi*. Já anteriormente certas cidades, como Marselha no seculo XIII, nomeavam os seus consules nas colonias por ellas fundadas, mas é só no seculo XVI que o systema da nomeação pelo governo do estado de origem se generaliza e imprime verdadeiramente á instituição consular o caracter de magistratura dum estado com attribuições na esphera jurisdiccional doutro estado.

c) *Terceira phase*. A affirmação progressiva da individualidade nacional dos povos europeus nos tempos modernos e o successivo incremento do poder monarchico como manifestação fundamental da sua historia politica, vieram substituir ao principio medieval da personalidade das leis e das jurisdicções o principio inverso da sujeição ás leis e ás jurisdicções locais, produzindo a consagração do novo principio, no que respeita á instituição consular, a *privação* dos consules, nos estados europeus, de quasi todas as suas funcções jurisdiccionaes. Esta transformação operou-se, dum modo geral, nos fins do seculo XVII e principios do seculo XVIII e, embora ainda nos fins deste ultimo seculo se encontrem casos em que os consules pretenderam exercer o seu antigo direito de jurisdicção, a verdade é que nos países christãos as missões consulares foram limitadas á protecção dos interesses do commercio e da economia nacional e á protecção e defesa dos nacionaes que residam ou se encontrem na area do consulado.

Esta transformação não abrangeu, porém, os consules europeus nos países não christãos, ou seja, nos estados musulmanos e nos estados asiaticos, como a Persia, o Siam, a China e o Japão, onde aquelles consules, em virtude de concessões es-

tabelecidas em tratados ou firmadas nos usos e costumes e resultantes das diferenças de civilização e da insufficiencia das garantias offerecidas pela organização da legislação ou da justiça local, conservaram attribuições jurisdiccionaes, attribuições que, em geral, ainda hoje conservam, excepção feita relativamente ao Japão, pois que este estado conseguiu, a partir de 1894, uma serie de tratados com as nações de civilização europeia, destinados a entrar em vigor em 1899, e segundo os quaes foi extincta a jurisdicção consular no territorio japonês e os subditos daquellas nações ficaram sujeitos ás justicas territoriaes ¹.

108. Embora transformada, a instituição consular conserva-se nas relações dos estados modernos, sendo principio hoje universalmente admittido que todos os estados soberanos têm o direito de estabelecer missões consulares nas cidades e portos de estados estranhos, quando o julgarem util ao desinvolvimento do seu commercio e á protecção dos interesses dos seus nacionaes, e que aos mesmos estados cabe a faculdade de escolherem livremente os consules e designarem os logares onde estes devem residir. Não se considera, todavia, absoluto aquelle direito, sendo egualmente reconhecido a todos os estados o direito de recusarem a criação de consulados em certos e determinados logares do seu territorio, de determinarem o numero de consulados que ahi podem ser estabelecidos e de se negarem a acceitar como consul tal ou qual individuo em quem não reconheçam as condições necessarias para merecerem a sua confiança. E daqui derivou a pratica geral de os estados celebrarem accordos quanto ao reconheci-

¹ *R. D. I. P.*, tom. I, pagg. 562 e segg., tom. II, pagg. 111 e 614, e tom. V, pag. 284; *R. D. I.*, tom. XXXI, pag. 93.

mento da faculdade de estabelecerem consulados uns no territorio dos outros, de se reservarem o direito de designarem os logares onde os estados estranhos podem crear missões consulares, e de tornarem o exercicio das funções consulares dependente duma auctorização especial do governo local, chamada *exequatur*.

É em tratados de commercio, de commercio e navegação, de paz e amizade e, especialmente, em *convenções consulares* que os estados regulam o estabelecimento e o funcionamento das missões consulares e determinam as condições em que podem crear, uns junto dos outros, missões dessa natureza. Por semelhantes motivos, o direito consular reveste um caracter accentuadamente convencional, tornando-se necessario, sempre que se queira conhecer o modo de ser das relações consulares entre dois estados, ter em particular attenção o que se encontra estabelecido nos tratados entre elles concluidos ¹.

¹ Vid. convenções consulares de Portugal: com a França, 11 de julho de 1866; com a Italia, 30 de setembro de 1868, e declaração interpretativa de 16 de julho de 1875; com a Hespanha, 21 de fevereiro de 1870; com a Austria, 9 de janeiro de 1873; com a Suissa, 27 de agosto de 1883; etc. Vid. ainda: Tratado de amizade, commercio e navegação com o reino de Siam, de 10 de fevereiro de 1859; tratado de amizade e commercio com Zanzibar, de 25 de outubro de 1879; tratado de amizade e commercio com a China, de 1 de dezembro de 1887; tratado de commercio e navegação com o Japão de 26 de janeiro de 1897; etc. As relações *consulares* de Portugal com o Brasil relativamente á arrecadação, administração e liquidação das heranças dos nacionaes são hoje reguladas, por virtude do ajuste feito por meio de notas reversaes de 17 e 19 de maio de 1884 e approved pelos decretos do governo português de 3 de julho de 1884 e do governo brasileiro de 13 de novembro de 1899, pelos artt. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 11.º do Reg. brasileiro de 8 de novembro de 1851, que vêm juntos e fazem parte do decreto português de 1884, e as percentagens e taxas que os consules portugueses e brasileiros devem receber pelo exercicio de funções de natureza administrativa

O conjunto dos funcionarios consulares nomeados pelo governo de cada estado constitue o seu *corpo consular*, cuja organização, se bem que varie de país para país em um ou outro ponto, apresenta certos traços geraes que vamos esboçar.

Respeita o estudo daquella organização a dois problemas fundamentaes, *a)* o problema da classificação dos funcionarios consulares, *b)* e o problema da sua subordinação hierarchica.

a) A classificação dos funcionarios consulares é referida pelas leis dos differentes países e pelas convenções a dois pontos de vista, ou á gradação dos postos consulares, ou á qualidade e situação pessoas dos individuos a quem se confia o exercicio das funcções consulares.

Quanto á gradação dos postos consulares, são os funcionarios consulares divididos em quatro classes: 1.º) consules geraes; 2.º) consules; 3.º) vice-consules; 4.º) e agentes consulares.

1.º) Os *consules geraes* são, em principio, os chefes directos e especiaes dum *estabelecimento* consular, isto é, do conjunto dos consulados dependentes dum mesmo chefe ou do conjunto dos consulados dum estado instituidos em qualquer país estrangeiro. As suas attribuições são de mera fiscalização e de superintendencia geral e não de acção directa sobre os consules da circumscripção no exercicio das suas funcções. Estes funcionarios praticam, sob sua responsabilidade pessoal, todos os actos da sua competencia, podem corresponder se directamente com o ministro dos negocios estrangeiros de que de-

proprias do seu cargo são, segundo o protocollo de 29 de maio de 1896, as estabelecidas nas tabellas, regulamentos e ordenanças dos respectivos governos. (*Synopse de tratados*, 1901, pagg. 26, 61, 80, 92 e 102; Sr. LUÍS LEOPOLDO FLORES, *Regimen de reciprocidade*, em vigor entre o Brasil, Portugal, Hespanha, etc., Lisboa, 1901, e Sr. VIRGILIO DE MAGALHÃES, *Legislação dispersa sobre processo civil*, pagg. 345 e segg.).

pendem e directamente receber as suas instrucções. Na sua acção de fiscalização e de superintendencia, os consules geraes limitam-se a assegurar o cumprimento das leis e dos regulamentos relativos ao funcionamento dos consulados e a dar unidade geral á administração consular. Convem observar que, actualmente, as legislações dos diversos estados quasi sempre attribuem, como acontece entre nós, a fiscalização e superintendencia da administração consular ao respectivo agente diplomatico, de modo que o titulo de consul geral não passa duma distincção honorifica ou dum grau superior na carreira consular. Em taes circumstancias, o consul geral só terá auctoridade sobre os demais consules quando for ao mesmo tempo encarregado de negocios, e, portanto, exercer funcções diplomaticas.

2.º) Os *consules strictu sensu* são os chefes ordinarios dos serviços nos *districtos* consulares. Subordinados, por interesse do serviço, ao chefe do estabelecimento consular, no sentido de receberem d'elle as indicações que lhe pareçam uteis ao exercicio das funcções consulares, de serem obrigados a torná-lo conhecedor dos factos passados nos seus districtos que possam affectar os interesses do seu país e de estarem sujeitos á sua fiscalização e superintendencia geral, são absolutamente independentes no exercicio das funcções do seu cargo e praticam livremente todos os actos para que tenham competencia, segundo as leis do seu país, as convenções entre o estado de origem e o estado local e os principios geraes do direito internacional.

3.º) Os *vice-consules* são funcionarios publicos nomeados, em geral, pelo chefe do estado, que exercem funcções consulares numa determinada circumscripção sob a fiscalização e direcção dos consules. Os vice-consules têm attribuições consulares, mas são inteiramente dependentes dos consules a que se encontram subordinados, devem cumprir tudo que por elles

lhes for ordenado, informá-los de tudo que possa interessar o serviço e os nacionaes e franquear-lhes todos os livros e papeis pertencentes ao archivo, sempre que elles queiram certificar-se de que são fielmente executadas as disposições das leis, regulamentos e convenções consulares.

4.º) Os *agentes consulares* são simples delegados dos consules com attribuições muito limitadas e essas mesmas exercidas sob a responsabilidade dos consules de que dependem. Em regra, são nomeados pelos consules com ouctorização do ministro dos negocios estrangeiros do seu país.

É tambem frequente dar-se o nome de agentes consulares ao conjuncto dos funcionarios consulares sem distincção de classe ou de grau, tendo, nos dois casos, a expressão — agentes consulares — uma significação bem diversa, que, todavia, facilmente se determinará pelo contexto.

Relativamente á qualidade e situação pessoas dos consules, classificam-se estes funcionarios em: 1.º) consules de carreira; 2.º) e consules não de carreira.

1.º) Os *consules de carreira*, tambem chamados consules enviados, *consules missi*, são os consules escolhidos entre os nacionaes do estado que os nomeia, retribuidos directamente por esse estado, que seguem a ordem hierarchica fixada num quadro especial e a quem é prohibido o exercicio de qualquer profissão estranha ás funcções consulares. São, pois, taes consules exclusivamente funcionarios do estado que os nomeia, sujeitos a todas as exigencias que, em geral, as leis impõem, mas tambem gosando das vantagens que ellas concedem aos empregados publicos.

2.º) Os *consules não de carreira*, tambem denominados *consules electi* e, por vezes, *consules negociantes*, são os consules escolhidos entre os nacionaes ou estrangeiros, em regra commerciantes, residentes nos logares onde devem ser exercidas as funcções consulares, os quaes não são retribuidos direct-

mente pelo estado, percebendo apenas uma parte dos emolumentos devidos pelos actos que praticam, não fazem parte de quadro algum de empregados publicos, podem exercer uma profissão estranha á missão consular e têm, por vezes, uma competencia mais limitada que os consules de carreira. São menos proprias as designações de consules eleitos e consules negociantes, já que os consules não de carreira são hoje nomeados pelo governo do estado cujos interesses defendem ou cujos nacionaes protegem, contrariamente ao que acontecia no primeiro periodo da historia da instituição consular, em que os consules eram geralmente eleitos pelos seus nacionaes, e podem deixar de sair da classe commercial.

b) A hierarchia dentro do corpo consular determina-se facilmente em face das considerações que deixamos feitas ácerca da classificação dos funcionarios consulares. Começando pelos agentes consulares, são estes simples delegados dos consules para um fim restricto e determinado, a elles inteiramente subordinados e exercendo sob a sua responsabilidade as attribuições que lhes sejam conferidas. Aos consules estão tambem subordinados os vice-consules, os quaes, embora desempenhem funções consulares por virtude do seu cargo, estão na completa dependencia dos chefes dos respectivos districtos consulares. Os consules são independentes uns dos outros, qualquer que seja a sua classe ou categoria, não tendo auctoridade alguma sobre os demais, mesmo os consules geraes, a não ser que a estes, e não aos agentes diplomaticos, seja confiada a superintendencia na administração consular, ou lhes seja dada a categoria diplomatica de encarregados de negocios, e os agentes diplomaticos tenham, como geramente têm, a direcção superior dos serviços consulares. Todos os consules estão sujeitos, porém, á direcção superior dos chefes dos estabelecimentos consulares, em regra os agentes diplomaticos relativamente ao país onde se encontram acreditados, sendo

obrigados a enviar-lhes todas as informações de caracter politico, economico ou social que possam ser de utilidade para o serviço do estado e a cumprir todas as ordens que por esses chefes lhes sejam expedidas nos termos da legislação especial de cada país.

Nos *consulados* — por meio dos quaes se organizam as missões consulares — pode haver, ao lado dos consules, outros funcionarios a elles subordinados e destinados a auxiliá-los no exercicio das suas funcções. Uma entidade que frequentemente apparece nos consulados é a dos *chancelleres consulares*, ou officiaes publicos existentes juncto dos consules e sob as suas ordens para os coadjuvarem no desempenho das suas attribuições. São os secretarios dos consules e seus substitutos na pratica dos actos da competencia do consulado e os encarregados das *chancellarias consulares*, ou os logares onde são habitualmente praticados os actos da competencia dos consules ou da sua propria competencia, onde são conservados os registos consulares e archivados os papeis, os documentos e a correspondencia dos consulados. Além dos chancelleres, costuma haver nos consulados estabelecidos nos países não christãos *interpretes*, que são intermediarios entre os consules e as auctoridades locais. Nos consulados dalguns países, como nos da França, pode haver ainda os *addidos consulares* ou *consules alumnos*, que fazem nos postos consulares o seu tirocinio para a carreira consular, estão sob a auctoridade immediata dos consules e os auxiliam nas suas funcções, praticando os actos de que por lei ou pelos mesmos consules sejam encarregados.

O recrutamento do pessoal consular é livremente regulado pelo direito interno de cada país.

187. A organização do corpo consular portuguez é regulada pelos decretos de 24 de dezembro de 1901 e 8 de agosto de

1903 e, principalmente, pelo regulamento consular de 24 de dezembro de 1903 (Dec. 1901, art. 10.^o e 48.^o e segg.; dec. 1903, artt. 7.^o a 11.^o; Reg. cons., artt. 1.^o a 11.^o e 298.^o a 307.^o).

Do estudo combinado destes diplomas resulta que o nosso corpo consular se compõe de: *a*) consules geraes; *b*) consules de 1.^a, 2.^a e 3.^a classe; *c*) vice-consules; *d*) chancelleres; *e*) agentes consulares; *f*) interpretes.

a) A categoria de consul geral é meramente honorifica. Os consules, seja qual for a classe ou categoria a que pertençam, são independentes uns dos outros e só estão subordinados aos agentes diplomaticos ou aos consules encarregados de negocios, pois que só a uns ou outros compete a superintendencia no administração consular portuguesa nos países onde estiverem acreditados. Só aos consules de 1.^o ou 2.^a classe pode ser dada a categoria de consules geraes e só poderá haver um consul geral em cada país.

b) Os consules de 1.^a, 2.^a e 3.^a classe são os chefes ordinarios de serviço dos consulados portugueses.

Os consules de 1.^a e 2.^a classe são consules de carreira, constituem o quadro consular e distinguem-se apenas uns dos outros pela logar que occupam dentro desse quadro e pela differença dos seus vencimentos, pois que, de resto, exercem as mesmas funcções, são-lhes conferidas as mesmas prerogativas e nenhuma dependencia se estabelece entre elles ¹.

Segundo o decreto de 1901, eram em numero de 5 os consulados de 1.^a classe e em numero de 20 os de 2.^a, havendo, portanto, 25 consules de carreira, os quaes deviam ser distribuidos pelos consulados de Bombaim, Shangae, Cabo da Boa

¹ Vide tabellas annexas ao decreto de 1904, n.^{os} 1, 5 e 6.

Esperança, Pretoria, Buenos-Ayres, Demerara, Zanzibar, California, Natal, Rio de Janeiro, Bahia, Pará, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Honolulu, Cantão, Bordeus, Cadiz, Hamburgo, Liverpool, Londres, Marselha, Bangkok, New-York e Tokio ¹. Todavia, o decreto de 8 de agosto de 1903 supprimiu o consulado de Tokio, conferindo ao chefe de missão nesta capital attribuições consulares e declarando alem disso que no Japão só ficaria havendo consulados de 3.^a classe, e, porisso, o numero de consules de carreira ficou sendo de 25. E, já porque os consulados de carreira não estão classificados em consulados de 1.^a e consulados de 2.^a classe, já porque o decreto de 8 de agosto de 1903 nada diz ácerca do numero de consules de 1.^a ou de 2.^a classe, e já porque o Reg. consular se limita a declarar que os consules de 1.^a e 2.^a classe são em numero fixo por lei, deve concluir-se que pode haver 5 ou 4 consules de 1.^a classe, e 19 ou 20 consules de 2.^a classe, consoante as preferencias do governo, ao qual pertence a sua nomeação.

Cumpre notar que os consules de carreira podem ser nomeados em commissão e com a categoria de encarregados de negocios para as legações onde o governo julgar conveniente substituir por elles os ministros plenipotenciarios (Dec. 1901, art. 36.^o), podem ter a mesma categoria de encarregados de negocios nos países onde não haja legação portuguesa, quando o reclamem as conveniencias do serviço (art. 52.^o), e lhes pode ser dada a commissão de addidos commerciaes junto das respectivas legações, o que lhes attribuirá a categoria de consules geraes (art. 53.^o e § unico).

Os consules de 3.^a classe são consules não de carreira, cujo numero não é fixo e deve ser determinado segundo as conveniencias do serviço. Os seus vencimentos são constituídos, no

¹ Tabellas cit., n.^{os} 5 e 6.

maximo, por metade dos emolumentos cobrados pelos actos por elles praticados, não podendo, comtudo, ir alem de reis 2:000\$000, e os seus cargos são considerados de commissão do governo.

Os consules de qualquer classe exercem as sua attribuições numa area territorial denominada *districto consular*, a qual é determinada por decreto ou no titulo da sua nomeação.

c) Os vice-consules são empregados auxiliares dos consules e delles dependentes no exercicio das suas funcções. Não são em numero fixo, podem ser nomeados para os portos, cidades e villas mais importantes de cada districto consular, e percebem, como remuneração de seu serviço, metade dos emolumentos que arrecadarem até ao limite maximo de 2:000\$000 reis. Nas sedes dos consulados pode haver vice-consules sem chancellaria, destinados a coadjuvar os consules e a substituí-los na sua falta, ausencia ou impedimento, os quaes podem usar as insignias consulares, quando fizerem as vezes dos consules, e devem, então, receber, como remuneração, dois terços da verba destinada para despêsas de residencia dos consules de 1.^a ou de 2.^a classe, quando delles forem auxiliares, ou metade dos emolumentos até ao limite acima indicado, quando servirem nos consulados de 3.^a classe. Pode ainda o governo, nos países não crhistãos, applicar os rendimentos de certas verbas dos emolumentos consulares até ao limite maximo de 600\$000 reis, para retribuir os serviços do vice-consul que na localidade, séde de consulado de 1.^a ou 2.^a classe, coadjuvar permanentemente o respectivo consul por as necessidades do serviço assim o exigirem ¹.

d) Os chancelleres são tambem empregados consulares au-

¹ Tabella dos emolumentos consulares, approvada por carta de lei de 5 de de maio de 1898, v. 88.

xiliares e destinados a exercer as funcções de secretarios dos consules, bem como a substituí-los na sua ausencia e impedimentos, quando não haja vice-consul na mesma localidade. Segundo o art. 9.º do Reg. consular, os chancelleres devem ser remunerados pela verba de material e expediente dos consulados de 1.ª e 2.ª classe, e porisso se deve intender que só para semelhantes consulados elles poderão ser nomeados.

e) Os agentes consulares são delegados dos consules para um fim restricto, expresso na respectiva nomeação, quer se trate da substituição interina dum vice-consul, quer do desempenho de serviço que demande a assistencia do funcionario consular em localidade distante do consulado ou de qualquer vice-consulado. Estes empregados recebem como remuneração metade dos emolumentos até ao limite já conhecido de réis 2:000\$000.

f) Os interpretes são apenas dois, creando-os o decreto de 8 de agosto de 1903 para os consulados de Shangae e Cantão.

Em harmonia com os decretos de 1901 e 1903 e com o regulamento consular, o recrutamento do pessoal consular faz-se pelo modo seguinte:

a) Os consules de 1.ª classe são de nomeação regia e escolhidos entre os consules de 2.ª classe;

b) Os consules de 2.ª classe são tambem de nomeação regia, precedida de concurso nos termos do art. 179.º do decreto de 1901 e do regulamento de 28 de janeiro de 1904, que determinou a fórma do concurso e estabeleceu o seu programma. Ao concurso podem ser admittidos os cidadãos portuguezes de maior idade no gozo pleno dos seus direitos civis e politicos, habilitados com um curso completo de instrucção superior de qualquer escola nacional ou estrangeira, de reconhecido credito, ou com dez annos de serviço, considerado bom, de addidos de legação ou de chancelleres.

c) Os consules de 3.^a classe são nomeados, sobre proposta ou informação da competente legação, de entre os mais acreditados negociantes ou proprietarios estabelecidos nas localidades onde houverem de servir, preferindo-se, em egualdade de circumstancias: 1.^o) os de nacionalidade portuguesa; 2.^o) os estrangeiros que conhecerem a lingua portuguesa.

Devemos, porém, observar que nem só por consules assim nomeados podem ou devem ser geridos os consulados de 3.^a classe. Assim, segundo o § 1.^o do art. 88.^o do decreto de 1901, podia o governo confiar a consules enviados os consulados de 3.^a classe ou vice-consulados estabelecidos na China, no Japão e na Africa Oriental, sobre proposta dos respectivos governadores de Macau e de Moçambique, bem como podia prover nos consulados de 3.^a classe ou vice-consulados estabelecidos em qualquer país funcionarios de carreira que estivessem na disponibilidade ou addidos aos quadros, ou individuos approvados em concurso para aquelles cargos, faculdade de que o governo a nosso ver continua a gosar, embora o Reg. consular viesse estabelecer no § 2.^o do art. 2.^o o principio que se lê no art. 88.^o do decreto de 1901 ácerca da nomeação dos consules de 3.^a classe e não referisse a faculdade concedida ao governo no § 1.^o do mesmo artigo, pois não vemos incompatibilidade entre as disposições do Reg. consular e daquelle decreto, já que o primeiro regula o processo de *recrutar consules* de 3.^a classe e a 2.^a indica um meio de *prover a gerencia dos consulados* de 3.^a classe ou dos vice-consulados. E tanto mais, que não julgamos natural que o governo quisesse privar-se duma faculdade que o habilitava a prover com individuos reconhecidos competentes mediante um concurso a gerencia dos consulados ou vice-consulados portugueses. Todavia, a informação do governador de Macau para o provimento dos consulados e vice-consulados da China e do Japão deverá hoje ser substituida pela informação dos chefes de missão de Pekim e

Tokio, já que a elles pertence a superintendencia na administração consular portugueza naquelles países. Alem disso, e nos termos do art. 56.º do dec. de 1901, disposição tambem não contrariada pelo Reg. consular, devem ser geridos por consules de 1.ª ou 2.ª classe os consulados de 3.ª classe cuja receita annual de emolumentos, segundo a media dos ultimos cinco annos, seja superior a 6:000\$000 réis, sem que durante esse periodo tenha sido alterada a circumscripção e emquanto aquelle estado de coisas se conservar. Os consules de 1.ª ou 2.ª classe nomeados para taes consulados são considerados como supranumerarios e não têm vencimento determinado, recebendo exclusivamente em cada anno, da verba dos emolumentos consulares, para despesas de residencia e de material e expediente do consulado, uma quantia nunca excedente a reis 3:000\$000.

d) Os vice-consules são nomeados pelos consules de que dependem. A nomeação deve ser precedida de proposta justificada do consul ao ministro dos estrangeiros e por este approvada, assim como pelo mesmo ministro deve ser confirmada a nomeação. Os vice-consules devem ser escolhidos entre os individuos que tenham as qualidades requeridas para os consules de 3.ª classe.

e) Os chancelleres são nomeados pelo governo sobre proposta do consul e informação favoravel da legação.

f) Os agentes consulares são nomeados pelos consules. A nomeação deve ser logo participada ao governo por via da legação competente, quando a haja, deve vir acompanhada das razões de urgencia que a determinaram, e caduca quando estas razões hajam cessado ou quando tenha decorrido um anno sem ser renovada nas mesmas condições.

g) Os interpretes de Shangae e Cantão são de nomeação regia, sobre proposta do chefe da missão.

Na nomeação de quaesquer funcionarios consulares devem

as auctoridades competentes ter em vista o principio geral estabelecido no art. 11.º do Reg. consular nestes termos: «Em caso nenhum a nomeação de funcionario consular poderá recair em individuo que seja ou se presuma ser interessado em negocios de qualquer ordem, oppostos aos interesses confiados á gestão consular».

108. Os consules são investidos na sua missão por meio de *cartas patentes*, que constituem o documento official, assignado pelo chefe do estado e referendado pelo ministro dos negocios estrangeiros, em que lhes são attribuidas as funcções consulares e conferidos os respectivos titulos.

Não basta, porém, a carta patente para habilitar um consul a exercer as suas funcções no districto para que é nomeado, tornando-se necessaria para esse effeito a auctorização do governo local. É essa auctorização o *exequatur*, cuja concessão é geralmente pedida pelo agente diplomatico, do país do consul, acreditado junto do estado local e, na sua falta, pelo consul encarregado de negocios, pelo consul geral ou pelo proprio consul interessado. Para tal fim é a carta patente communiada ao ministro dos estrangeiros local, sendo em face della concedida a auctorização, quer em diploma separado, uma carta patente, como acontece entre nós, ou um decreto, como acontece na Belgica e na Inglaterra, quer pela inscripção, no original da carta patente, da palavra *exequatur*, assignada pelo chefe do estado e referendada pelo ministro respectivo, como se faz na Austria, ou simplesmente assignada pelo ministro, em fórmula de portaria, como entre nós mandava fazer o decreto de 3 de agosto de 1833, quer por meio dum simples aviso enviado pelo governo local á legação do país a que o consul pertence, como se pratica em outros países.

O estado local pode, segundo a doutrina corrente, recusar o *exequatur* e mesmo retirá-lo depois de o ter concedido.

Aquella recusa é, porém, um facto raro na pratica contemporanea e só pode basear-se em razões politicas serias ou em motivos pessoais ao consul nomeado. A retirada do *exequatur* que é mais grave ainda que a sua recusa, pois attinge um consul cuja qualidade tinha sido precedentemente reconhecida, só se verifica tambem em circumstancias inteiramente excepcionaes, como se o consule se intromette nos negocios do país, se toma parte nas intrigas dum partido politico, etc. Em tal caso, todavia, o governo interessado começa por fazer as suas queixas ao governo do estado do consul, insinua-lhe a sua retirada e só cessa o *exequatur* quando este estado não attende as suas indicações.

Quando concedido, o *exequatur* é habitualmente enviado ao solicitante, para elle o transmittir ao consul interessado. Este apresenta-o á auctoridade superior do seu districto, a qual o manda registrar na fôrma devida e o notifica aos seus subordinados a fim de que o consul seja reconhecido por todos como estando no pleno exercicio das suas funcções. E, por seu turno, deve o consul avisar oficialmente da sua chegada os funcionarios consulares que estejam sob a sua dependencia, sendo igualmente de uso que o mesmo consul anuncie oficialmente a sua chegada ao publico e especialmente aos seus nacionaes.

Os demais funcionarios consulares, vice-consules, agentes consulares e chancelleres, precisam igualmente da auctorização do governo local para poderem entrar no exercicio das suas funcções e, por isso, o diploma da sua provisão, carta patente ou qualquer outro, deverá ser submettido ao *exequatur* ou pelo competente agente diplomatico ou, na sua falta, pelo respectivo consul¹. Aos funcionarios consulares nomeados pelos consules é, entre nós, concedido o *exequatur* nos termos do decreto de 1833, concedendo-se em carta patente simples-

¹ Reg. consular, artt. 13.º e 14.º

mente aos funcionarios consulares nomeados pelo respectivo chefe de estado.

109. As funcções consulares classificam-se em dois grandes grupos, segundo se referem ou á protecção e defesa dos interesses geraes do estado de que o consul recebe a sua missão, ou á protecção e defesa dos nacionaes desse estado que residam ou se encontrem no districto consular.

As attribuições dos consules relativas aos interesses geraes do estado que o nomeia, ou são *politicas*, consistindo estas em elles velarem pela observancia dos tratados referentes aos interesses dos particulares, como os tratados de commercio, de navegação, de pesca, de protecção da propriedade industrial, artistica e litteraria, em protestarem contra a sua violação, ou directamente e por si mesmos em casos urgentes, ou indirectamente referindo o acontecido ao agente diplomatico do seu país e chamando a attenção do seu governo para os factos por elles observados, e em informarem devidamente o governo do seu país dos factos que se passem no estado local e possam interessar a politica daquelle país ¹, ou são *administrativas*, as quaes respeitam á protecção da economia e do commercio nacional ², devendo os consules promover nos seus districtos a importação e consumo dos productos originarios do seu país, bem como colher e transmittir ao seu governo todos os ensinamentos que possam interessar a vida economica, industrial e commercial do seu país, á protecção e vigilancia da navegação nacional ³; incumbindo-lhes prestar os necessarios esclarecimentos e auxilios aos navios do seu país que entrem nos

¹ Reg. cit., artt. 141.º § unico e 298.º

² Reg. cit., artt. 118.º e segg.

³ Reg. cit., artt. 35.º, 36.º, 121.º § 4.º e 126.º e segg., 163 e segg. e 177.º e segg.

portos do seu districto, bem como fiscalizar o cumprimento das leis nacionaes relativas á navegação, ou a actos puramente administrativos, sendo estes principalmente os seguintes: matricula dos nacionaes nos registos da chancellaria consular; repatriação dos indigentes da sua nacionalidade, que uma circumstancia qualquer deixou sem recursos no seu districto; expedir certidões de vida e passaportes aos seus nacionaes e mesmo aos estrangeiros que se dirijam para o seu país, se os usos e ás leis locaes o consentirem e se as leis nacionaes ou as suas instrucções a isso se não oppuserem; traduzir e legalizar os documentos lavrados pelas auctoridades ou funcionarios publicos do districto consular; certificar a existencia das leis locaes que tenham de ser applicadas no seu país; fiscalizar o cumprimento das leis militares do seu país pelos nacionaes residentes na sua circumscripção; e procurar conhecer constantemente o estado sanitario local e delle informar convenientemente o seu governo ¹.

110. As funcções dos consules relativas á protecção singular dos interesses dos seus nacionaes contêm-se em dois grupos distinctos de attribuições, formados, o primeiro pelos deveres de *assistencia* aos nacionaes que residam no districto ou que ali tenham interesses, o segundo pelos seus deveres de *garantia e defesa* dos direitos dos seus nacionaes, quer como officiaes do registo civil ou como notarios, quer como juizes dos seus nacionaes nos casos e nos países em que pelos usos locaes e pelos tratados lhes são dados poderes jurisdiccionaes.

No desempenho do dever de assistencia para com os seus nacionaes, cumpre aos consules, dum modo geral, auxiliá-las e soccorrê-los sempre que seja necessario, tanto por actos

¹ Reg. cit., artt. 26.º a 28.º, 32.º, 33.º, 41.º, 43.º, 115.º, 116.º, 158.º, 295.º, e 296.º

como por conselhos, e em especial: 1.º) defendê-los contra todas as medidas vexatorias e arbitrarias da parte das auctoridades locais; 2.º) intervir a favor das suas legitimas pretensões junto dessas auctoridades; 3.º) velar pelos interesses dos ausentes e incapazes, praticando em seu beneficio os actos conservatorios que as circunstancias exigam; 4.º) proteger as viúvas, os orphãos, e todos os nacionaes naufragados, desvalidos ou prisioneiros; 5.º) defender officiosamente qualquer nacional que estiver envolvido em algum processo e não tiver quem o defenda; 6.º) soccorrer os doentes pobres e auxiliá-los e dirigí-los na sua repatriação; 7.º) dispensar particular attenção aos interesses dos emigrantes nacionaes que cheguem ao seu districto e fiscalizar o cabal cumprimento dos contractos com elles celebrados; 8.º) tomar as medidas e providencias necessarias, por occasião da morte dalgum nacional, sempre em harmonia com as leis nacionaes e locais e com os usos e convenções internacionaes, para assegurar a integridade do espolio por elle deixado, o cumprimento das suas disposições testamentarias e os legitimos direitos dos seus herdeiros e credores ¹.

A protecção consular pode ser ampliada á defesa dos subditos doutras nações, quando estas não tenham agentes diplomaticos ou consulares no estado local, quando sejam rompidas as relações entre este estado e as mesmas nações por maneira que os seus subditos fiquem desprovidos de toda a protecção, e quando, no caso de guerra, revolução ou motins populares, os nacionaes dum terceiro estado pedem a protecção dum consulado estranho e se abrigam sob a garantia da sua bandeira. Nos estados de jurisdicção consular, isto é, nos países de capitulações, pode a protecção dos consules ser concedida aos

¹ Reg. cons., artt. 26.º a 43.º e 68.º a 88.º

naturaes do país em harmonia com os tratados concluidos com aquelles estados ou com os usos estabelecidos ¹.

111. Como officiaes do *estado civil*, exercem os consules funcções semelhantes ás dos empregados do seu país encarregados do registo dos nascimentos, casamentos e obitos, e actos correlativos, como averbamentos, certidões, etc., e devem conformar-se nesse exercicio com as leis nacionaes e com os regulamentos consulares. Devem, alem disso, os consules enviar ao ministerio dos estrangeiros do seu país ou á legação competente duplicado ou copia authentica dos assentos lavrados no seu consulado, tanto para a conveniente organização de estatisticas como para a necessaria deducção das consequencias legaes dos actos do registo.

A faculdade de registrar nascimentos e obitos é geralmente consignada pelas convenções e regulamentos consulares.

O mesmo não acontece já no que respeita ao casamento; não attribuindo aos seus consules a competência para o celebrarem aquelles estados que não reconhecem o casamento civil, nem podendo celebrá-lo, senão com o assentimento de estado local, os consules de estados que o reconheçam em países que o não admittam, pois que aquelle estado, em coherencia com as suas convicções, pode oppor-se a que, dentro do territorio sujeito á sua auctoridade, sejam offendidos os principios de ordem publica em que se baseiam as suas leis.

É de notar, a este respeito, que a convenção da Haya relativa ao casamento, de 12 de junho de 1902, dispõe no art. 6.º

¹ Reg. cit., artt. 39.º e 40.º. Vid. Convenção sobre o exercicio do direito de protecção em Marrocos, de 3 de julho de 1880, mandada executar immediatamente pelo decreto de 14 de julho de 1880 e ratificada por carta regia de 15 de junho de 1882.

que «será valido, quanto á fórma, o casamento celebrado perante um agente diplomatico ou consular, se nenhuma das partes contractantes for nacional do estado local e se este estado se não oppuser á celebração do casamento por essa fórma», acrescentando, porém, no intuito de facilitar a constituição da familia em país estrangeiro, que o estado local «não pode oppor-se quando se trate dum casamento que, em virtude dum casamento anterior (já dissolvido) ou dum obstaculo de ordem religiosa, seria contrario ás suas leis».

Os consules portuguezes têm competencia para registrar nascimentos e obitos, bem como para a celebração de casamentos de subditos portuguezes com mulher portuguesa ou estrangeira, competencia estatuida e devidamente regulamentada pelo novo regulamento consular ¹.

Cumpré, porém, observar que Portugal é um dos signatarios da convenção da Haya acima citada e que, porisso, dentro dos estados contractantes que ratificarem a convenção e depois de devidamente ratificada pelo governo portuguez e de regularmente trocadas as ratificações, os consules portuguezes só poderão celebrar casamentos entre portuguezs e estrangeira que não seja nacional do estado local.

112. Como *notarios*, podem os consules praticar todos os actos que pelas leis do seu país sejam attribuidos aos funcionarios notariaes, como fazer e approvar testamentos, lavrar escripturas de doação, compra e venda, troca, mututo, casamento, partilha, etc. ². Todavia, a competencia notarial dos consules é, em geral, restricta aos casos em que todas as partes que intervêm no acto sejam nacionaes do país a que pertence

¹ Reg. cons., artt. 44.º a 67.º

² Reg. cons., artt. 89.º e segg.

o consulado. Excepção a este principio é feita apenas para os actos que digam respeito a bens situados no país do consul ou a negocios que ahí devam ser tratados, sendo dada competência aos consules para praticar ou intervir em taes actos independentemente da nacionalidade das partes e, portanto, quando celebrados entre nacionaes e subditos locaes ou só entre subditos locaes. É o que se vê, por exemplo, do art. 8.º da convenção consular de Portugal com a Italia, de 30 de setembro de 1868: «Os sobredictos agentes (consules geraes, consules, vice-consules e agentes consulares) terão, alem disso, o direito de receber nas respectivas chancellarias todos os actos convencionaes que tiverem logar entre um ou mais dos seus nacionaes e outras pessoas do país em que residirem, bem como quaesquer actos convencionaes (*come pure qualunque atto convenzionale*) que digam respeito a cidadãos deste ultimo país sómente, comtanto, bem entendido, que taes actos (*tali atti*) se refiram a bens situados no territorio da nação a que pertencer o consul ou agente consular que os recebe ou a negocios que devem ser tratados no mesmo país»¹. As leis de cada estado compete delimitar as attribuições notariaes dos consules, como o faz o art. 91.º do nosso regulamento consular, cujos termos são — «Poderão ser lavrados nos consulados e vice-consulados portuguezes: 1.º) os instrumentos e escripturas outorgadas por subditos portuguezes; 2.º) as escripturas outorgadas entre portuguezes e estrangeiros; 3.º) as escripturas que, embora outorgadas entre estrangeiros, tiverem de produzir os seus effeitos em territorio porteguês», respeitando, bem entendido, as convenções internacionaes e as leis do estado local.

Ligada ás funcções notariaes dos consules, anda a facul-

¹ *Nova Collecção de Tratados*, vol. III, pag. 115.

dade que lhes é concedida de certificarem as traducções dos documentos escriptos na lingua usada pelas auctoridades locais para a lingua official do país a que pertence o consulado, e de affirmarem a conformidade da versão com o texto original.

Alem das attribuições de assistencia, de registo civil e notariaes, desempenham os consules funções de jurisdicção, excepcionalmente nos estados membros da communidade internacional e normalmente nos países de capitulações. Referiremos, porém, as attribuições jurisdiccionaes dos consules no capitulo que destinamos ao direito internacional judiciario.

113. Assegurados os direitos dos nacionaes residentes no estrangeiro por meio de tratados e facilitado o exercicio desses direitos com as legações diplomaticas e com os consulados, procurou ainda o estado moderno organizar a defesa dos mesmos direitos contra as suas violações e assim dar á protecção a forma de *reparadora*. Verificaremos, porisso, em que condições pode ser exercidada esta forma de protecção, em que casos poderá principalmente tornar-se effectiva, e por que meios deverá realizar-se.

Dum modo geral, pode dizer-se que a protecção deve ser medida pela *lei commum dos estrangeiros* pertencentes a um determinado estado, lei commum que é constituída pelos direitos garantidos a esses estrangeiros pelo direito internacional, pelos tratados ou pelas leis locais. Fiando-se no apoio dessa *lei*, é que os estrangeiros se estabelecem num determinado país, e porisso deve a mesma lei ser cumprida pelo estado local ou espontaneamente ou com a *cooperação* do estado de origem, isto é, mediante a sua *protecção*. A protecção, é, pois, uma garantia *subsidiaria* da lei commum dos subditos do estado protector residentes em país estrangeiro. Tem um *limite* — é essa lei commum, e tem uma razão de *legitimidade* — é

o não cumprimento dessa lei pelo estado local. O estado que não respeita os direitos dos estrangeiros garantidos pelo direito internacional, viola uma *norma objectiva* deste direito, pratica um *acto illicito* contra o estado de que os mesmos estrangeiros sejam súbditos e assim se constitue na *responsabilidade* para com este ultimo estado de reparar a violação. O direito de protecção do estado de origem corresponde assim á responsabilidade do estado local, antes, a protecção é o meio de tornar effectiva a responsabilidade provinda do não cumprimento das normas objectivas de direito internacional que garantem os direitos dos estrangeiros.

Mas a legitimidade da protecção deve ser apreciada segundo um principio de egualdade entre nacionaes e estrangeiros quanto á garantia dos direitos que a estes sejam concedidos num determinado estado, a não ser que uma situação de maior favor tenha sido assegurada aos mesmos estrangeiros por esse estado. Assim, devem os estrangeiros acceitar as jurisdicções locais, as leis de processo e os principios de responsabilidade dos funcionarios estabelecidos em cada estado para a defesa dos direitos individuaes, qualquer que seja a esse respeito a differença entre as leis do seu país e as leis locais, isto é, os direitos concedidos aos estrangeiros só lhes aproveitam segundo a *organização legal* estabelecida pelo estado local.

114. Estabelecido o criterio geral de protecção, vejamos em que hypotheses ella poderá principalmente ser exercida.

Essas hypotheses correspondem á *proveniencia* da violação dos direitos dos estrangeiros, violação que pode partir ou de a) *actos do governo* do estado local, ou de b) *actos de funcionarios desse estado*, ou de c) *actos de particulares*.

a) Se o governo mesmo viola os seus deveres internacionaes, lesando os direitos dos estrangeiros, e se não ha no país uma instituição encarregada de apreciar e julgar semelhantes vio-

lações ou se essa instituição nega *justiça* aos estrangeiros dum modo formal ou de modo difarçado, poderá o estado interessado fazer as legítimas reclamações e exigir as justas reparações.

Poderão, porém, estas reclamações e reparações ter logar quando os estrangeiros são lesados na sua pessoa ou nos seus bens por virtude de medidas de repressão ordenadas por um governo por ocasião dum motim popular, duma insurreição ou duma guerra civil? A doutrina geralmente seguida é que neste ponto os estrangeiros devem ser equiparados aos nacionaes, e que portanto o estado local lhes deve indemnizações quando as deva igualmente aos seus subditos. Quando, por isso, num estado, seja seguido o principio de que os effeitos da repressão devem ser considerados como um accidente de força maior de que os lesados devem soffrer as consequencias, a opinião predominante é que esse principio se applica tanto a nacionaes como a estrangeiros.

Ao principio de irresponsabilidade do estado ou da sua igual responsabilidade para com nacionaes e estrangeiros faz-se, porém, uma restricção. A responsabilidade para com estrangeiros persiste, se o estado usa de meios de repressão contrarios aos usos internacionaes, como se os actos repressivos são dirigidos de modo especial contra os estrangeiros *como taes* sem que estes tenham sido a causa directa das perturbações que se pretendem reprimir. É fundamentalmente a doutrina sustentada por VON BAR perante o Instituto de direito internacional e por este votada na sessão de 1900. «Actualmente, diz VON BAR, nenhum estado se impõe a obrigação de indemnizar os seus proprios subditos dos prejuizos causados á sua pessoa ou aos seus bens por ocasião de tumultos ou de guerras civis. Emquanto os estados recusarem uma indemnização por tal motivo aos nacionaes, não poderão ser obrigados a concedê-la aos estrangeiros. Não se pode, comtudo,

negar que a responsabilidade do estado existe em certos casos. O direito de indemnização existirá quando o estado não tiver cumprido os seus deveres internacionaes; é o ponto capital. O estado não garante aos estrangeiros uma segurança maior que aos seus nacionaes; mas promette-lhes uma segurança igual deixando-os estabelecer no seu territorio; se, porém, lh'a não dispensa, deve ser responsavel. Sempre, pois, que os estrangeiros são lesados *como taes ou como subditos dum estado determinado*, existe para o estado, em cujo territorio se produz o motim, uma obrigação *internacional* de indemnizar as victimas».

É de notar que, contrariamente ao principio estabelecido, têm sido muitas vezes concedidas indemnizações aos estrangeiros fóra do principio de egualdade acima estabelecido e sem as razões especiaes de responsabilidade excepcional indicadas, mas sempre se tem feito a titulo *gracioso* e sob a condição de *reciprocidade*, mantendo-se o principio *juridico* da egualdade entre nacionaes e estrangeiros.

Ainda se discute se o direito de protecção pode ser exercido no caso de suspensão de pagamento de juros e de amortização das dividas contraídas pelos estados estrangeiros, e se, portanto, os estados podem fazer valer, em tal caso, os interesses dos seus nacionaes possuidores de titulos dessas dividas. E parece que não poderá haver duvida em reconhecer a legitimidade da protecção quando não seja respeitada a lei commum que regula as relações dum estado com os seus credores externos e determina as garantias dadas ao juro e á amortização dos seus titulos. Essa lei foi a base da operação financeira e porisso deve ser rigorosamente cumprida. A protecção não vae, porém, alem da exigencia do cumprimento daquella lei. O risco da operação financeira deve correr integralmente por conta dos portadores dos mesmos titulos. É a opinião commum dos internacionalistas, formulada já em 1848

num despacho celebre de lord Palmerston nestes termos: «Se os ingleses entregaram os seus capitaes a um estado estrangeiro, foi na esperança de obter lucros, e porisso deviam fazer entrar em linha de conta os riscos inevitaveis no caso de insolvencia do devedor. Se não previram esta eventualidade, devem soffrer a sorte de todo o especulador que se engana nas suas previsões».

b) Se a violação deriva de actos illegaes de funcionarios do estado local, os estrangeiros deverão reclamar contra esses actos pelas vias legaes estabelecidas no mesmo estado local. Só quando as auctoridades locais não attendam as suas reclamações negando-lhes a devida justiça, poderá o estado de origem fazer as suas reclamações e exigir a responsabilidade do estado local.

c) Se as violações partem de particulares, deverão os estrangeiros recorrer aos tribunaes competentes para conhecerem destas violações e só quando os juizes lhes neguem justiça o estado de origem ficará auctorizado a exercer o seu direito de protecção.

Em qualquer dos casos apontados, só quando haja *denegação de justiça* aos estrangeiros é que se torna legitima a protecção do estado origem para exigir a responsabilidade do estado local, isto é, a protecção do estado de origem só deve ter logar quando falte a *protecção judiciaria* do estado local. Mas a protecção judiciaria aos estrangeiros deve ser real e não apenas aparente. Haverá porisso denegação de justiça não só quando aos estrangeiros não for permittido o recurso aos tribunaes para a defesa dos seus direitos, mas tambem quando a acção dos tribunaes for evidentemente injusta. Neste ultimo caso, o estado local só aparentemente cumpre o seu dever internacional para com o estado de origem e porisso ainda é legitimo o exercicio do direito de protecção.

115. Os meios de tornar effectiva a protecção dos nacionaes residentes em país estrangeiro serão naturalmente aquelles que o direito internacional reconhece para conduzir os estados ao cumprimento dos seus deveres para com os outros estados e hão de variar segundo as circunstancias de cada caso concreto.

O meio mais simples será a intervenção dos consules junto das auctoridades locais do seu districto para que ellas attendam as reclamações dos subditos que representam.

Quando a protecção consular seja inefficaz ou inadequada, pode ter logar a protecção do agente diplomatico junto do governo local, o qual pedirá ao ministro dos estrangeiros do estado local que tome as necessarias providencias para que as auctoridades e os tribunaes prestem a devida justiça aos seus nacionaes.

Á intervenção dos agentes diplomaticos podem ser preferiveis negociações directas entre os governos interessads destinadas a obter do governo local o cumprimento do seu dever de respeito pelos direitos dos estrangeiros.

Se a acção diplomatica se torna insufficiente e o estado local persiste em não cumprir os seus deveres internacionaes e em não prestar as devidas reparações, o estado de origem poderá recorrer aos demais meios legitimos, isto é, reconhecidas pelo direito internacional, para conseguir o respeito dos direitos dos seus nacionaes, escolhendo o processo reparatorio que for mais adequado ao caso occorrente e devendo começar pelos meios de caracter pacifico para só em ultimó caso usar da violencia, se para tanto houver justo motivo.

CAPITULO III

Conflictos de leis

SECÇÃO I

Constituição progressiva duma theoria dos conflictos

§ I

Evolução doutrinal¹

DIVISÃO I

Theoria dos estatutos

SUMMARIO : — 116. Genese natural dos conflictos : — a *personalidade* e a *territorialidade* na applicação das leis. — 117. A primeira tentativa duma theoria dos conflictos. Os postglosadores como iniciadores da *theoria dos estatutos*. — 118. Organização da theoria estatutaria. Escola francesa do seculo xvi. — 119. Escolas belga e hollandesa do seculo xvii. — 120. Escola francesa do seculo xviii. — 121. Appreciação geral do valor e dos resultados da theoria.

116. Depois do problema da condição dos estrangeiros, que determina a medida dos seus direitos, vem naturalmente

¹ LAINÉ, *Introduction au droit international*; PILLET, *Principes*, pagg. 123 e segg. e 249 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 165 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 394 e segg.; JITTA, *ob. cit.*, pagg. 102 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 186 e segg.; FIORE, *Elementi di diritto internazionale privé*, tom. I, pagg. 39 e segg.; WEISS, *Manuel*, pagg. 338

o problema da regulamentação do exercício desses direitos, ou o problema da determinação da lei reguladora das relações jurídicas por que se traduza o exercício da sua actividade.

Admittidos os estrangeiros ao gozo dos direitos privados, um de tres systemas poderia ser adoptado para a escolha da lei reguladora do exercício de taes direitos: ou o systema da *personalidade das leis*, pela preferencia da lei do país a que o estrangeiro se encontre ligado por um laço pessoal, um laço de nacionalidade ou de domicilio; ou o systema da *territorialidade das leis*, pela escolha da lei do estado onde o direito seja exercido; ou um systema de *coordenação da lei pessoal e da lei territorial*, pela applicação duma ou doutra consoante as exigencias da protecção dos individuos que se encontrem em país estrangeiro e as imposições do interesse da communitade social e politica formada por cada estado. O primeiro systema contraria, porém, tão directamente a soberania do Estado na sua expressão legislativa e o segundo affecta por tal modo o interesse dos individuos, fazendo-os mudar de estado, de capacidade e de situação juridica tão depressa como mudem de país, que o pensamento scientifico e as legislações deviam naturalmente afastar-se dos pontos extremos e procurar um terreno medio de conciliação em que, por um mutuo *sacrificio* parcial da *lei pessoal* e da *lei territorial*, se concedessem ao interesse dos individuos e aos interesses das collectividades nacionaes

é segg.; e *Traité théorique et pratique*, tom. III, pagg. 1 e segg.; CATELLANI, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 197 e segg., e tom. II, pagg. 1 e segg.; VAREILLES-SOMMIÈRES, *La Synthèse du droit international privé*, tom. I, pagg. 10 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 21 e segg.; Sr. dr. LUCAS FALCÃO, *ob. cit.*, pagg. 56 e segg.; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 177 e segg.; Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pagg. 15 e segg.; Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Execução extraterritorial das sentenças civeis e commerciaes*, Coimbra, 1898, pagg. 22 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pagg. 48 e segg.; Sr. dr. J. J. TAVARS, *ob. cit.*, pagg. 98 e segg.; etc.

as garantias indispensaveis á estabilidade pessoal dos primeiros e á conservação e desinvolvimento das segundas. E é na justa combinação da *personalidade* e da *territorialidade* que está o *problema dos conflictos*, cuja resolução final constitue a questão suprema do direito internacional privado. Diremos porisso como os espiritos foram levados para aquelle terreno de conciliação e como em systemas doutrinaes successivos têm estabelecido a fórmula de equilibrio entre o interesse do estrangeiro e o interesse do estado local, ao mesmo tempo que nos esforçaremos por pôr em relevo os elementos com que cada um desses systemas tem concorrido para a construcção duma theoria geral dos conflictos.

117. Com a fusão das raças que constituíram as nações medievas e o estabelecimento da unidade de direito para todos os membros do estado qualquer que fosse a sua origem, e com o desinvolvimento do feudalismo, que foi um systema social de fusão da soberania com a propriedade e de *isolamento juridico e politico* dos diversos senhorios por forma a cada senhor ter o seu exercito, a sua jurisdicção e a sua lei, lei *limitada* ao dominio senhorial mas *exclusiva* da applicação de qualquer lei estranha, affirmou-se o principio da *territorialidade das leis*, segundo o qual cada estado submete ao imperio das suas leis todas as pessoas, coisas e actos que se encontrem, estejam situadas ou se dêem dentro do seu territorio e logicamente fica privado de toda a auctoridade sobre as pessoas e coisas que estejam para além das suas fronteiras ou a respeito dos actos que ahi sejam praticados, principio traduzido pelo adagio feudal — *Todos os costumes são reaes*.

O principio da territorialidade tinha, porém, o grave inconveniente de tornar incertos todos os direitos individuaes, porisso que tornava dependente o seu reconhecimento e o seu exercicio da simples eventualidade duma mudança de territo-

rio, e de sujeitar o estado e a condição jurídica das pessoas a uma mobilidade perigosa. Semelhante inconveniente feriu a atenção dos espiritos e a partir dos seculos XIII e XIV começaram os esforços para modificar a doutrina da territorialidade no sentido de assegurar aos direitos e ao estado das pessoas a fixidez que lhes é necessaria.

A primeira tentativa a esse fim destinada contem-se na *theoria dos estatutos*, que, através de diferentes vicissitudes, dominou a doutrina dos conflictos até fins do seculo XVIII.

Chamaram-se a principio *estatutos* as leis particulares, municipaes ou provinciaes, que vigoravam (na Italia) numa cidade ou numa provincia, contrapondo-se á palavra *lei*, que designava as disposições de interesse geral que vigoravam em todo o territorio e eram constituídas pelo direito romano considerado como direito *commum*; mais tarde *estatuto* tornou-se synonymo de lei, podendo MERLIN escrever — «Cada disposição da lei é um *estatuto*, que permite, ordena ou prohibe alguma coisa».

E a *theoria dos estatutos* consistiu fundamentalmente, segundo a sua formula *typica*: — 1.º) em classificar as leis locais ou geraes em *estatutos pessoases* e *estatutos reaes*, segundo dissessem respeito ás *pessoas* ou aos *bens* (immoveis); — 2.º) em considerar o estatuto pessoal como *exterritorial* e portanto acompanhando o individuo por toda a parte e devendo ser-lhe applicavel mesmo fóra do seu país; — 3.º) em declarar o estatuto real *territorial* e como tal obrigatorio para todos os individuos que se encontrassem no territorio em que elle vigorasse, e, assim: — 4.º) em resolver os conflictos entre as leis locais ou entre as leis geraes applicando ás pessoas a sua lei *pessoal* e aos bens immoveis a lei da sua situação, *lex rei sitae*.

Foi na Italia que appareceu a doutrina estatutaria e o seu primeiro esboço deve-se aos postglosadores e principalmente a BARTOLO, os quaes, acceitando a territorialidade como regra, intenderem que certas leis deviam ter efficacia exterritorial.

O seu apparecimento foi o resultado das condições historicas em que se encontraram as cidades da Italia septentrional depois do seculo XII. Estas cidades, que desde o tratado de Constança de 1183, gosavam duma verdadeira autonomia, embora sob a suserania nominal do Santo Imperio Germanico, tinham por um lado leis proprias, *estatutos*, que variavam de cidade para cidade, a par com o direito romano, que era o direito *commum* do Imperio, e por outro lado mantinham entre si relações commerciaes mais ou menos intensas, o que conduziu os jurisconsultos do tempo á triplice investigação, da validade dos estatutos em face do direito romano, da solução dos conflictos entre o mesmo direito romano e os estatutos particulares das cidades, e da solução dos conflictos entre os estatutos das differentes cidades pela determinação daquelle que devia ser applicado. Esta ultima investigação, que se impunha pela necessidade de dar regularidade ás relações entre as cidades italianas, foi a que conduziu ao apparecimento da theoria dos estatutos como primeira manifestação da sciencia do direito internacional privado.

A cultura e auctoridade do direito romano nessa epoca fez com que os jurisconsultos procurassem naquelle direito a solução de taes conflictos e, embora as soluções adoptadas fossem realmente formuladas pelos mesmos jurisconsultos, pois que o *Corpus juris* não visou o problema dos conflictos, essas soluções eram sempre auctorizadas com as leis romanas. O ponto de partida foram as palavras *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium* da lei I do Codice de Justiniano no titulo *De summa Trinitate*, escolhendo-se certamente essa lei pela circumstancia de nella se conter a ideia de extensão do Imperio e das leis romanas é porisso logicamente conduzir á determinação dos limites dos estatutos das differentes cidades. As palavras *Cunctos populos* suggeriram a Accurcio ou a algum outro glosador esta observação incluída

na Glosa—*Quod si Boniensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest; cum dicat quos nostrae clementiae regit imperium*, e esta passagem da Glosa foi o inicio da doutrina italiana sobre conflictos, de cuja elaboração progressiva e principalmente devida à obra de BARTOLO resultou a determinação de regras de direito internacional privado, que as escolas posteriores viriam assimilar e desinvolver.

Ao lado da territorialidade, como regra, admittiram certas leis de applicação exterritorial, não segundo um principio geral de discriminação das leis em territoriaes e exterritoriaes, mas em harmonia com a natureza da relação juridica que analysavam concretamente e cuja lei reguladora procuravam determinar. Conheceram já e formularam a distincção dos estatutos em *personas* e *reales*, segundo se referiram às pessoas ou aos bens, mas essa distincção, em vez de representar um criterio geral de solução dos conflictos, foi apenas um elemento de apreciação e um meio de escolher as leis mais harmonica com a natureza da relação juridica. E nem sempre semelhante criterio foi devidamente applicado, diferenciando-se por meio delle estatutos fundamentalmente identicos. Assim, BARTOLO, applicando a distincção dos estatutos em materia de successão, apenas attendeu à «construcção grammatical» da phrase, considerando o estatuto pessoal ou real segundo a primeira palavra do seu texto fosse relativa às pessoas ou aos bens. Assim, seria pessoal o estatuto — *Primogenitus succeda in omnibus bonis*, e seria real o estatuto — *Bona decedentium veniant in primogenitum*. Semelhante criterio podia tornar facilmente a distincção dos estatutos num simples jogo de palavras; razão por que DUMOULIN alcunhou a distincção de *verbal*, e devia concorrer para a pouca precisão da doutrina dos *bartolistas* na determinação dos mesmos estatutos.

Mas, se os postglosadores não chegaram a formular um systema definido de resolução dos conflictos, nem deixaram um criterio

preciso para presidir á escolha da lei reguladora das differentes relações jurídicas, é indubitavel que deixaram já elementos de indiscutivel valor para a construcção da theoria da justa conciliação das leis privadas. Em verdade, a applicação do estatuto pessoal ao estado e capacidade das pessoas, a applicação da *lex rei sitae* ao regimen da propriedade immobiliaria, a applicação da lei do logar da celebração aos effeitos naturaes e previstos das convenções e da lei do logar da execução aos seus effeitos accidentaes, a applicação da *lex loci* á fórma externa dos actos, e a applicação da *lex fori* á fórma do processo, são outras tantas regras esboçadas pelos postglosadores, que a doutrina viria posteriormente aproveitar e aperfeiçoar. Deve ainda dizer-se que se notava nesta primeira escola italiana de direito internacional privado uma decidida tendencia para alargar o estatuto pessoal e para restringir o estatuto real e que, porisso, se pode considerar como precursora da nova escola italiana, que tanto defende o principio da personalidade do direito.

118. De Italia passa para a França a theoria dos estatutos e encontra nos jurisconsultos franceses do seculo xvi, principalmente em DUMOULIN, D'ARGENTRÉ e COQUILLE, uma organização regular.

DUMOULIN (1500-1566) estabelece a transição da escola italiana para a escola francesa. Como continuador da escola italiana, segue o methodo de BARTOLO e dos seus predecessores e successores e procura formular regras de conflictos em harmonia com a natureza das relações jurídicas; e, como precursor da escola francesa, já obedece em parte ao principio da absoluta territorialidade dos costumes. É assim que, seguindo, quanto á forma externa dos actos o principio da competencia da *lex loci*, quanto ao processo o principio de competencia da *lex fori*, no que se conformava com a doutrina tradicional, e

quanto á substancia e effeitos dos contractos, no que era verdadeiramente innovador, o principio da *autonomia da vontade* isto é, o principio da competencia da lei escolhida pelas partes, soluções em que praticou o methodo da escola italiana adoptando as regras mais harmonicas com a natureza das relações juridicas, para as restantes materias do direito civil acceitou o criterio da distincção dos estatutos em pessoas e reaes, no que em certo modo ainda se conformava com a doutrina tradicional, mas nas applicações do criterio já fazia sentir a acção do principio da territorialidade. Comtudo, embora nas suas obras dominasse o principio de que todos os costumes eram reaes, não hesitava em formular excepções em ordem a admitir a existencia dum estatuto pessoal ao lado do estatuto real. E, acceitando o principio da distincção dos estatutos em pessoas e reaes, pôs de parte o criterio verbal de BARTOLO, baseou a distincção no objecto de cada estatuto e declarou pessoas os estatutos que dissessem respeito principalmente ás pessoas e reaes os que principalmente se referissem aos bens. Mostrou DUMOULIN uma grande tendencia para ampliar o estatuto pessoal, pelo que deve approximar-se de BARTOLO como precursor da nova escola italiana, e formulou pela primeira vez, como já dissemos, o importante principio da *autonomia da vontade* na determinação da lei applicavel ás convenções, affirmando que a vontade das partes deve ser soberana, cumprindo aos juizes investigar, ou pelos termos do contracto ou pelas circumstancias, se ellas se referiram a uma determinada legislação.

D'ARGENTRIÉ (1519-1590), parte do mesmo principio da territorialidade dos costumes, mas separa-se abertamente da escola italiana, baseando toda a doutrina dos conflictos na distincção dos estatutos em reaes e pessoas, estabelece claramente a preeminencia do estatuto real e o character excepcional do estatuto pessoal, e inicia a escola estatutaria

francesa, que assentará fundamentalmente naquelles dois principios.

Nesta escola manifestam-se, porém, duas tendencias, uma *realista*, que restringe ao minimo o estatuto pessoal constituindo-o com as leis que dizem exclusivamente respeito ás pessoas, e outra *personalista*, que alarga o numero de excessões ao principio da territorialidade e inclue no estatuto pessoal as leis que se referem principalmente á condição das pessoas. D'ARGENTRÉ segue a primeira corrente, considerando pessoas apenas os estatutos que de qualquer maneira se não refram aos immoveis nem se limitem simplesmente a modificar a capacidade das pessoas num ponto particular. E a sua tendencia realista manifesta-se bem frisantemente no facto de, admittindo, ao lado dos estatutos reaes e pessoas, uma nova categoria de estatutos, *estatutos mixtos*, em que entravam todas as disposições relativas ao mesmo tempo ás pessoas e aos bens, tornar esses estatutos territoriaes. A nova categoria estatutaria não servia senão para alargar o estatuto real, pois era igual o seu caracter e o seu valor. Depois de D'ARGENTRÉ, outros escriptores adoptaram a nova classe de estatutos, o que, porém, não serviu senão para originar confusões e difficuldades, emquanto pretendiam que no caso de estatuto mixto se applicasse ao mesmo tempo a lei pessoal e a lei local, a primeira na parte relativa á pessoa e a segunda na parte relativa aos bens, o que creava difficuldades praticas insuperaveis. O resultado foi a rejeição geral da nova categoria de estatutos.

COQUILLE (1523-1603), adoptando embora o criterio e alcance da distincção dos estatutos em pessoas e reaes, já não acceita dogmaticamente o principio de que todos os costumes são reaes, e ensina que, para determinar a natureza do estatuto, importa attender sempre á *intenção* do legislador. E assim, se o legislador se propôs directamente o interesse das pessoas, não poderão estas subtrair-se ás suas prescripções por

uma mudança de residencia; e se a lei só indirectamente visa aquelle interesse, a sua applicação limitar-se-á ao territorio em que vigora. É digna de registrar-se esta attenção pelo *fin da lei*, pois veremos que ella domina uma das mais recentes theorias ácerca da resolução dos conflictos.

119. No seculo xvii é a doutrina dos estatutos defendida por jurisconsultos belgas e hollandeses, como BURGUNDUS, RODENBURGH, PAULO e JOÃO VOET, os quaes, á semelhança de D'ARGENTRÉ, mostram tendencias accentuadamente realistas. Estas tendencias para o predomínio das leis locaes têm a sua explicação, como nota DESPAGNET, no poder da autonomia municipal nos Países-Baixos e no cuidadoso empenho com que as communas defendiam a sua independencia contra toda a usurpação duma auctoridade estranha. Na impossibilidade de especializar doutrinas, diremos só que PAULO VOET admitiu, á semelhança de D'ARGENTRÉ, estatutos mixtos, para ali compreender, não todas as leis relativas ao mesmo tempo ás pessoas e aos bens, mas aquellas que respeitam á *fôrma externa* dos actos, e que JOÃO VOET, filho do anterior e, no dizer de PILLET, o mais logico dos juriscousultos estatutarios, formulando o principio da absoluta territorialidade das leis, logicamente sustentou que, quaesquer excepções que o modificassem pela admissão de estatutos pessoaes, não podiam fundar-se num principio de justiça, mas eram o mero resultado do principio da cortesia internacional, da *comitas gentium*, que representa a *tolerancia* das leis estrangeiras por um motivo de attenção para com os outros estados. As escolas italiana e francesa, principalmente a escola italiana, ainda firmavam as excepções á territorialidade numa razão de justiça, mas a escola hollandesa levou a territorialidade até ás suas ultimas consequencias, não reconhecendo nos estados a obrigação de direito de admittir a applicação das leis dos outros estados.

120. Ainda no século xviii a doutrina dos estatutos continua a dominar a theoria dos conflictos. É uma nova escola franceza, de que fazem parte BOULLENOIS, FROLAND, BOUHIER e PRÉVOT, que por então a ensina e defende, mas já com tendencias que annunciam uma transformação. Não põe a escola de parte os velhos criterios de sabor feudal, mas revela o constante interesse de alargar o dominio das leis pessoaes e de restringir o das leis reaes, para introduzir mais regularidade e justiça na resolução dos conflictos. É o que bem se depreende do systema de BOUHIER, o qual ensina que, em caso de duvida, um estatuto deve ser considerado como pessoal, pois, em concorrência duma pessoa e duma coisa, a pessoa deve prevalecer, sendo para as pessoas que as leis principalmente são feitas. A transformação, que assim transparecia nas doutrinas da escola, era fatal tanto em face dos principios mesmos da theoria dos estatutos, como em face do novo modo de ser das sociedades civilizadas.

121. A theoria dos estatutos, na sua mais logica expressão, fundava-se em dois principios scientificamente envelhecidos e por isso inadquados ás novas condições de existencia das sociedades — o principio feudal da territorialidade das leis e o principio da *comitas gentium* como meio de explicar as excepções á applicação das leis territoriaes. Uma era a contestação do vinculo pessoal entre uma soberania e os seus subditos que se encontram fóra do territorio, e o outro era o arbitrio arvorado em regra determinante da situação dos estrangeiros.

Nas suas applicações praticas, era a theoria, como diz DESPAGNET, vaga, insufficiente e demasiadamente absoluta. Vaga, pois, pela simples referencia dum estatuto ás pessoas ou ás coisas, era difficil affirmar se esse estatuto era pessoal ou real, já que é raro que o legislador não falle ao mesmo tempo dos bens e das pessoas, tornando-se temerario procurar a sua intenção

para saber se o objecto principal da disposição são as pessoas ou os bens, e ficando, porisso, aberto largo campo ao arbitrio na solução dos conflictos. Insufficiente, pois ha relações juridicas complexas que apresentam pontos de contacto com varias legislações e cuja lei reguladora não pode determinar-se com a simples distincção entre estatutos pessoaes e estatutos reaes declarando os primeiros exterritoriaes e territoriaes os segundos. Torna-se necessario um systema de principios que attenda a todos os elementos da relação juridica para conduzir a uma solução justa, como acontece, por exemplo, com um contracto, onde é indispensavel attender á capacidade das partes, aos effeitos da convenção, e ás formalidades externas, pois pode a justiça exigir que se applique a cada um desses elementos uma legislação differente. Finalmente, demasiadamente absoluta, pois integrava nos dois estatutos pessoal e real disposições que não se referem immediatamente ás pessoas ou aos bens, como são as disposições respeitantes á fôrma externa dos actos e á interpretação dos contractos, que rigorosamente deviam ficar fóra da classificação. Abalada nos seus fundamentos theoricos e condemnada pelos seus resultados praticos, devia naturalmente a theoria dos estatutos ser substituida por novos principios doutrinaes que melhor correspondessem ás exigencias do espirito scientifico e melhor satisfizessem ás necessidades praticas.

A verdade exige, porém, que se diga que a theoria dos estatutos prestou evidentes serviços á nossa sciencia, não só por ter dado impulso ao estudo das questões do direito internaciona. privado, mas ainda por ter fixado ou preparado a solução de muitas questões. Assim, a subordinação geral do estado e capacidade das pessoas á lei pessoal, a sujeição da propriedade immobiliaria á lei territorial, o principio da autonomia da vontade na interpretação dos contractos, a regra *locus regit actum*, são soluções em grande parte devidas aos jurisconsultos estatutarios.

DIVISÃO II

Theorias modernas

SUMMARIO : — 122. Renovação da theoria dos conflictos pelos escriptores allemães do seculo passado : WAECHTER, SCHAEFFNER e SAVIGNY. Valor progressivo das doutrinas destes escriptores. — 123. A escola italiana e a afirmação da lei pessoal como criterio fundamental na resolução dos conflictos. A sua significação e o seu valor. — 124. A reacção contra a escola italiana e a tendencia para a constituição duma theoria dos conflictos que represente a justa coordenação das leis de protecção individual e das leis de garantia social. Systema de resolução dos conflictos de ANTOINE PILLET. Sua organização e seu valor. — 125. VAREILLES-SOMMIÈRES e a tentativa de restauração da theoria estatutaria. Critica. — 126. Conclusões.

122. Foi da Allemanha que veio a iniciativa da renovação scientifica da theoria dos conflictos com os systemas de WAECHTER, de SCHAEFFNER e de SAVIGNY. As doutrinas renovadoras procuram dar áquella theoria solidez scientifica e precisão pratica, para assim poderem afirmar a sua superioridade sobre a doutrina dos estatutos.

Esta doutrina partia do principio da territorialidade de todas as leis e porisso só no principio da cortesia internacional podia basear a applicação das leis estrangeiras. As doutrinas allemãs partem ao contrario do principio de *communidade de direito* entre os povos civilizados, principio que, por um lado, pôde conduzir á applicação das leis estrangeiras quando essas leis sejam as mais proprias para realizar a justiça nas relações privadas internacionaes, e, por outro, torna o reconhecimento das mesmas leis e a sua applicação uma obrigação juridica de cada estado, para deixar de ser um simples acto

de favor ou de cortesia. E neste ponto encontraram-se os tres escriptores citados, embora fosse SAVIGNY aquelle que mais pôs em relevo o principio da communiidade de direito como base de todo o direito internacional privado, principio fecundo que abriu horisontes novos á theoria dos conflictos apertada até então pelo principio feudal da territorialidade. Afastaram-se, porém, no criterio escolhido para a concretização daquelle principio, como passamos a verificar.

O systema de WAECHTER determina-se pela funcção que elle attribue aos juizes em face das questões emergentes das relações privadas internacionaes. Em primeiro logar, o juiz deve applicar a *lex fori* quando ella seja expressa ácerca da reselução dos conflictos. No silencio da lei, deve investigar qual o espirito das suas prescripções e verificar se o legislador pretendeu dar a preferencia á legislação local ou á legislação estrangeira. Assim, o legislador, formulando leis sobre o casamento, apenas tem em vista as familias cujo conjuncto constitue a sua nação, não pretende organizar as familias que constituem outras sociedades, por vezes muito differentes daquella para que legisla, e porisso as familias devem ser regidas pela sua lei nacional. Se o espirito da lei lhe não der indicação alguma, deverá applicar a lei do estado em nome do qual administra justiça, a *lex fori*. Fóra dos casos extremos, de disposição expressa e de falta de qualquer indicação, deve pois o juiz interpretar bem o sentido e o espirito da norma juridica para escolher a lei applicavel, signal de que no pensamento de WAECHTER havia o intento de attender para algum effeito ao character da relação juridica para determinar a sua lei reguladora. É em todo o caso certo que WAECHTER deu excessiva importancia á *lex fori* e que o seu criterio podia levar á applicação abusiva desta lei.

SCHAEFFNER, reconhecendo, como WAECHTER, que o juiz deve investigar em primeiro logar se a *lex fori* formula algum prin-

cipio acerca da resolução do conflicto occorrente, para proceder á sua applicação, estabelece um criterio muito differente para o caso do silencio da *lex fori*. Em tal caso, as relações juridicas devem ser regidas pela lei do logar onde tenham origem. Segundo a expressão de VAREILLES-SOMMIÈRES, dá a cada relação juridica uma *nacionalidade*, determinada pelo logar do seu *nascimento*. Applicando este criterio ás differentes relações juridicas, decide, por exemplo, — que o estado e a capacidade das pessoas devem ser regulados pela lei do domicilio, pois é ahi que ellas se tornam capazes, — que a legitimação por subsequente matrimonio deve ser regulada segundo a lei do nascimento do filho, já que é ahi que se estabelece a sua relação com os paes, — que os bens, *ut universitas*, devem ser reguladas pela lei do domicilio, por ser nesse logar que a pessoa adquiriu a capacidade para possuir bens, etc. O criterio de SCHAEFFNER é mais preciso que o de WAECHTER, pois já estabelece um ponto de referencia para as apreciações judiciaes, mas tem ainda muito de indeterminado e de arbitrario, porisso que não só é muitas vezes difficil precisar a origem duma relação juridica, podendo assignalar-se-lhe uma origem diversa segundo se attenda ao seu sujeito ou ao seu objecto, mas ainda se não pode applicar a algumas relações a lei da sua origem, como acontece com as obrigações contractuaes, onde a applicação do principio seria uma violencia para a liberdade dos contractantes.

SAVIGNY segue por um caminho bastante differente. O seu principio fundamental é que as relações juridicas devem ser reguladas pela lei mais harmonica com a sua natureza. «Para elle, escreve WEISS, quando o juiz se encontre em presença dum conflicto de legislações civis a resolver, o seu primeiro dever é analysar com exactidão a natureza do facto juridico que deu origem ao conflicto, e, uma vez determinada esta natureza, deve investigar qual é a lei que mais convem á materia, e applicá-la

ainda que seja obra dum legislador estranho». Segundo SAVIGNY, cada relação jurídica tem a sua *séde* legal, isto é, está por natureza sujeita á lei dum país, sendo esta lei que os tribunaes deverão determinar e applicar em todo e qualquer país. Nacio-ou estrangeira, a lei da *séde* das relações jurídicas é a unica competente e portanto a que deve ser applicada para a resolução dos conflictos.

Mas, para que o seu criterio não pudesse conduzir a uma offensa da soberania do estado local, restringiu a applicação das leis estrangeiras com a admissão do principio de que as leis rigorosamente *obligatorias*, inspiradas por motivos de interesse *commum*, são applicaveis a todos os que habitem o territorio do estado, sejam nacionaes ou estrangeiros. Salvo, porém, o interesse geral, deve applicar-se a lei conforme á natureza da relação jurídica sem preocupações ácerca da sua origem. Applicando o seu principio, sujeita o estado e a capacidade das pessoas á lei do domicilio, os bens moveis ou immoveis á lei da situação, *lex rei sitae*, as obrigações á lei do logar da sua execução, salvo declaração em contrario, a fórma dos actos jurídicos á regra *locus regit actum*, e as successões á lei do domicilio.

O systema de SAVIGNY é profundo, emquanto procura fixar pela natureza das relações jurídicas a sua lei reguladora e attende ás naturaes exigencias do interesse geral do estado, mas depara com a difficuldade de por vezes determinar a natureza intrinseca das relações jurídicas e, porisso, com o perigo de levar ao arbitrio na resolução dos conflictos. «Querer procurar na natureza das coisas, escreve, PILLET, a solução dss conflictos de leis, é uma ideia justa, mas não bastante precisa para servir de principio a uma doutrina. E, de facto, na investigação a que SAVIGNY procede para determinar a *séde* das differentes relações de direito, vae buscar aos dominios mais diversos os seus motivos de decisão, argumentando ora

com a intenção das partes, ora com a situação do objecto, ora com uma ou outra circumstancia a que liga arbitrariamente uma influencia preponderante»¹.

Apesar, porém, dos seus defeitos, as theorias allemãs, e principalmente a theoria de SAVIGNY, representaram um grande progresso na constituição da theoria dos conflictos, emquanto deram á applicação das leis estrangeiras uma base juridica derivada do principio da communiidade de direito entre os povos civilizados, desprenderam os espiritos da ideia feudal da territorialidade, mostraram a necessidade de attender á natureza das relações juridicas na determinação da sua lei reguladora e lançaram a ideia de coordenação do interesse pessoal dos estrangeiros com o interesse geral do estado local.

123. A reacção começada pelas theorias allemãs contra o principio da territorialidade foi continuada e excessivamente desinvolvida pela escola fundada na Italia por MANCINI e seguida por ESPERSON, LOMONAGO, FIORE, LAURENT, WEISS, etc., escola que proclamou o principio da *personalidade do direito* como o principio fundamental na resolução dos conflictos e a applicação da lei nacional das partes como o criterio geral da regulamentação das relações privadas internacionaes. A doutrina da nova escola é fundada no principio de que o estado é antes de tudo um aggregado de pessoas, de que, embora o mesmo estado precise dum territorio para ser perfeito, o territorio é menos importante do que as pessoas, e de que, por isso, o estado existe *pelas e para* as pessoas e é para as pessoas que as leis são feitas, e é formulada por WEISS nestes termos: «A lei, quando dispõe sobre um objecto privado, tem sempre em vista a utilidade da pessoa; não pode reger senão aquelles

¹ *Journal de droit international privé*, 1894, pag. 422.

para quem é feita; mas a estes deve regê-los, em principio, em todos os logares e em todas as suas relações, salvas as excepções ou atenuações que resultam da *ordem publica internacional*, da regra *locus regit actum*, e da *autonomia da vontade*»¹. Consequentemente, a escola italiana dá o predomínio á lei pessoal, que é logicamente a lei *nacional* do individuo, e só excepcionalmente dá competencia ás leis territoriaes representadas pelas leis de *ordem publica internacional* destinadas a salvaguardar a soberania territorial e o interesse geral da sociedade local, isto é, o interesse de *todos*, ao qual deve ceder o interesse de *cada um* (Weiss), quer dizer, a lei pessoal constitue a *regra*, e a lei territorial a *excepção* na resolução dos conflictos.

A acção da escola italiana não deixou de ser benefica á constituição evolutiva do direito internacional privado. Por um lado, pelo relevo que deu ao respeito pelos direitos dos estrangeiros, inspirou as legislações no sentido de os equipararem aos nacionaes e de se desviarem do atrasado systema da reciprocidade, e por outro, frisando bem a ligação intima entre os individuos e as leis que organizam a sua protecção juridica, indicou o motivo por que essas leis os devem acompanhar nos países estrangeiros e por que nestes devem ser reconhecidas e applicadas. Este reconhecimento e applicação representam a melhor concretização do principio da comunidade de direito dos povos civilizados, que constitue a base de todo o direito internacional.

Foi, porém, a escola longe de mais na proclamação da personalidade do direito. Ao exaggero da territorialidade estatutaria contrapôs um novo exaggero que revela uma analyse menos profunda das condições de existencia das comunidades

¹ *Traité théorique et pratique*, tom. III, pag. 63.

políticas. A theoria estatutaria era a *territorialidade com excepções*, porque era a *supremacia juridica* do interesse do estado local sobre o interesse dos estrangeiros, e a theoria italiana é a *personalidade com excepções*, parecendo a *precedencia* do interesse do estrangeiro em relação ao interesse do estado local. Aquella attendia mais ao elemento collectividade, esta attende mais ao elemento individuo. E nisto está o defeito fundamental de qualquer dellas. O individuo e a collectividade são elementos irreductiveis de toda a vida social. Devem considerar-se a par na sua coexistencia necessaria e a protecção juridica tem de constituir o estado de equilibrio entre os seus interesses. Porisso não pode a territorialidade, que representa a collectividade nacional, ser a regra, para a personalidade, que representa o individuo na sociedade internacional, ser a excepção, ou vice-versa. A protecção juridica deve ser parallela, o systema racional deve ser a coordenação, e, em vez duma regra com excepções, deve haver duas regras que se completem e conjuguem harmonicamente na conciliação dos direitos dos estrangeiros com os interesses geraes das collectividades nacionaes.

Nem a preeminencia do principio da personalidade das leis pode fundar-se na razão adduzida pela escola de que o elemento pessoas prevalece ao elemento territorio na constituição do estado, de que o estado existe pelas e para as pessoas e de que é para as pessoas que as leis se fazem, pois a territorialidade defende os interesses geraes das pessoas associadas em estado dentro dum determinado territorio, e porisso ainda para as pessoas são feitas as leis territoriaes que protegem a collectividade com fundamento equal áquelle que baseia as leis de protecção dos individuos.

Dada, pois, a excessiva tendencia personalista da escola italiana, era natural que uma nova reacção se produzisse no sentido de corrigir os seus exaggeros e de estabelecer o equili-

brio final entre os principios oppostos da territorialidade e da personalidade. E assim aconteceu, como os factos nos vão mostrar.

124. Já LAURENT, que aliás foi um partidario entusiasta do principio da nacionalidade, não levou o seu entusiasmo até fazer deste principio ou do que elle chama o principio da personalidade das leis o principio unico da theoria dos conflictos. Reconhecia que ao lado do principio da nacionalidade era precisa *outra coisa*. E nesta expressão fazia entrar todas as excepções ao principio da personalidade, compondo com ellas um novo principio, o principio da *realidade*, que partilha com a personalidade o imperio do direito internacional privado. O novo principio, que fórma leis territoriaes em opposição ás leis pessoas ou nacionaes, funda-o LAURENT nas exigencias da ordem social que dominam a individualidade humana. Estas leis territoriaes compreendem as leis penaes e de segurança, as leis concernentes á ordem publica e aos bons costumes, como as que prohibem a polygamia, o incesto, a escravatura, etc., bem como as leis relativas ao credito predial e immobiliario. O caracter commum de todas as leis territoriaes é que ellas respeitam ao *interesse social*.

O movimento de reacção foi apoiado no nosso país pela opinião auctorizada do sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA. Em 1878 escrevia o illustrado professor: «Do que havemos dicto, porém, deduz-se que na exacta combinação dos dois elementos — a personalidade e a realidade — se deve desinvolver toda a theoria do direito privado internacional. Por certo, que são estes os dois elementos primordiaes de toda a soberania de direito, tanto politica como civil, que se exerce entre uma determinada ordem de pessoas, e tendo por meio ou séde uma dada circumscripção territorial. Assim são elles tambem os elementos fundamentaes e organicos do direito privado internacional.

Definir a esphera de acção de cada um destes principios sobre as relações de direito privado internacional, tal é o encargo da theoria»¹. Ha nestas palavras a expressão bem nitida do parallelismo dos dois principios da realidade e da personalidade, de cuja coordenação deve resultar a verdadeira theoria dos conflictos.

125. Mais recentemente illustrou a theoria da coordenação o professor PILLET, cujo systema é cheio de interesse e digno de especial referencia pelos elementos novos que veio trazer á theoria dos conflictos.

PILLET — depois de ter determinado as qualidades geraes que deve revestir a *lei internacional*, isto é, o *systema de conciliação* destinado a fixar os limites da auctoridade respectiva das differentes legislações sempre que o commercio internacional crie um conflicto entre os seus principios, qualidades que elle reduz á 1.º) *certeza*, pela fixação de principios sufficientes para facilitar a missão dos juizes e garantir a segurança das partes, ao 2.º) *character obrigatorio*, pela sujeição dos estados e dos individuos a esses mesmos principios, sujeição que, no estado actual da organização da sociedade dos estados, em que falta um verdadeiro legislador internacional, só se obterá com o principio do mutuo respeito das soberanias interessadas coordenado com o principio da applicação da lei *mais competente* para regular uma determinada relação jurídica, e 3.º) *ao maior respeito possivel* das leis nacionaes no dominio das relações internacionaes, de modo que na resolução dum conflicto apenas se sacrifique de cada lei nacional o que for indispensavel para a justa conciliação das soberanias, e depois de ter indicado como condição de existencia dum *acto internacionalmente*

¹ *Ob. cit.*, pag. 252.

justo a sua realização em harmonia com as prescripções da lei internacional, e de estabelecer o principio de que um acto internacionalmente justo deve ser internacionalmente valido, isto é, valido em toda a extensão da communitate internacional e podendo produzir effeito em todos os estados que dessa communitate fazem parte, emquanto esses effeitos sejam compatíveis com as leis e instituições locais ¹, — procura formular uma theoria dos conflictos capaz de basear uma lei internacional com tão justos caracteres e com tão efficazes resultados.

A ideia mais geral que serve de ponto de partida para a construcção do systema é que uma solução internacional dos conflictos deve derivar da natureza da lei como expressão da vontade soberana do legislador, pois que, nascendo os conflictos da pluralidade de legislações, estudar na lei os caracteres do acto de legislação e procurar manter na lei considerada nas relações internacionaes as qualidades que ella tem nas relações interiores, é o processo mais seguro para chegar ao terreno commum em que a solução dos conflictos poderá ser obtida.

Posta esta ideia, determina o auctor a extensão da *força de applicação* das leis na sua acção interior, e nas relações internacionaes ou na harmonia a estabelecer entre as nações. Sob o primeiro aspecto, todas as leis são *territoriaes* e *exterritoriaes*: *territoriaes* ou de *applicação geral* a todos os individuos que se encontrem no territorio do estado legislador; *exterritoriaes* ou de *applicação permanente* a todos os subditos a quem ellas se dirigem até à sua abrogação. Sob o segundo aspecto, porém, ou hão de ser *territoriaes*, isto é, applicaveis indistinctamente aos nacionaes e estrangeiros que se encontrem no territorio, ou *exterritoriaes*, quando acompanhem os subditos

¹ *Ob. cit.*, pagg. 123 e segg.

no estrangeiro e reciprocamente deixem de applicar-se aos estrangeiros no territorio do legislador. Nas relações internacionaes a lei tem de sacrificar uma das suas qualidades, ou a *generalidade* ou a *permanencia*. Sacrificando a generalidade, é exterritorial e acompanha os nacionaes em pais estrangeiro; sacrificando a permanencia, é territorial e applica-se só aos individuos que estiverem dentro do territorio do estado legislador, mas applica-se a todos que ahi se encontrarem. O problema dos conflictos está, pois, em determinar as leis que devem ser consideradas territoriaes e aquellas que devem tornar-se exterritoriaes.

Para attribuir a uma lei a qualidade de territorial ou exterritorial, julga PILLET que o melhor criterio a seguir é attender ao effeito-social da mesma lei. E assim deverá a lei ter uma ou outra qualidade, segundo seja a territorialidade ou a exterritorialidade que melhor assegure o seu effeito util e a sua função social.

A função social da lei determina-a pelo fim a que a lei é destinada, ou seja pela necessidade social a que ella pretende dar satisfação, pois que o fim procurado é na realidade a alma da lei, é toda a lei, visto esta não ter em si mesma a sua razão de ser, mas sim no fim social que realiza. «É, pois, escreve, a consideração do fim da lei que vae guiar-nos na solução a dar aos conflictos que se apresentarem. Em cada caso, procuraremos qual é das duas qualidades territorialidade ou exterritorialidade a que melhor se accommoda ao fim das leis em conflicto. A solução assim encontrada impôr-se-á por um duplo titulo, porque corresponde á natureza da lei e porque é a unica obrigatoria para os estados». Se estes se devem o respeito mutuo da sua soberania e das suas leis, devem por certo acatar as soluções que melhor assegurem a função social das mesmas leis. «A nossa solução, accréscenta, consiste em dar em cada caso a preferencia á lei que melhor

corresponde ao fim da instituição jurídica de que se tracta, em escolher a lei pessoal das partes quando o fim social da lei requer sobretudo que este seja permanente, e a lei do territorio onde o acto se houver passado quando o fim da lei exige a sua generalidade de applicação».

Assente este principio, passa o auctor a fazer uma classificação das leis segundo o seu fim social. Essa classificação resulta da missão pratica dos legisladores, que é disciplinar a vida dos individuos em sociedade, realizando o accordo dos interesses divergentes que ella reúne e approxima em um só grupo. Estes interesses são de duas especies — os interesses sociaes communs a todos os membros da sociedade — e os interesses individuaes que variam de pessoa para pessoa e constituem o *patrimonio* de cada um. Todos estes interesses devem ser protegidos e garantidos por maneira, que nem o individuo seja sacrificado á sociedade nem a sociedade sacrificada aos individuos e antes se estabeleça uma formula de justo equilibrio que realize a coordenação entre os direitos de todos e de cada um. Consequentemente a lei tem um de dois destinos, ou proteger os individuos ou garantir a ordem social, e porisso as leis se dividem naturalmente em *leis de protecção individual* e *leis de garantia social* ou *leis de ordem publica*, segundo attendem ao interesse *impessoal* da collectividade ou ao interesse *pessoal* de de cada um. Mas a protecção, quer dos individuos quer das collectividades, só será efficaz quando constante e quando constantemente se possa tornar effectiva, e portanto as leis de protecção individual somente preencherão o seu fim quando acompanhem os individuos na sua mudança de país, quando sejam de applicação *permanente*, quando sejam *exterritoriaes*, e as leis de garantia social sómente assegurarão a ordem publica quando obrigatorias para todos, nacionaes ou estrangeiros, os que se encontrem no territorio, quando sejam de applicação *geral*, quando sejam *territoriaes*.

Esta classificação das leis com a respectiva qualificação de exterritoriaes ou territoriaes completa os elementos fundamentaes da theoria de PILLET. Na ordem internacional não podem as leis conservar a sua dupla qualidade de permanencia e de generalidade; a construcção duma theoria de conflictos exige o sacrificio dalguma dessas qualidades; deve ser sacrificada a lei de função social menos util; nas de protecção individual deve preponderar a permanencia e nas de garantia social vencer a generalidade; o conflicto resolve-se, assim, pela natureza da lei determinada pelo seu fim social. E na doutrina de PILLET a exterritorialidade das leis de protecção individual e a territorialidade das leis de garantia social não têm o valor duma regra e duma excepção, mas são duas regras parallelas de igual valor. «Não temos uma regra e uma excepção, como queria a escola italiana, mas duas regras parallelas, fundadas no mesmo principio, dotadas do mesmo valor».

Ainda PILLET considera, ao lado das leis de protecção individual e de garantia social, que são as verdadeiras leis emquanto obrigam as pessoas á pratica ou omissão de determinados actos, dois outros grupos de leis: 1.º as *leis suppletivas* ou *interpretativas*, que são antes leis de *conselho* do que leis de *ordem* e deixam ao individuo a liberdade de as seguir ou não segundo a sua preferencia, uma vez que manifeste a sua vontade em harmonia com as formalidades estabelecidas, a respeito das quaes segue o principio da autonomia da vontade formulada por DUMOUNLIN e seguido depois geralmente pelos internacionalistas; 2.º) e as *leis de forma*, a que assignala uma natureza mixta entre as leis obrigatorias e as leis facultativas, já que a forma na generalidade dos casos apenas interessa á prova do direito e não á sua existencia, e para cujo regimen internacional adopta o principio *locus regit actum*, tambem já formulado nos systemas anteriores.

Eis o systema de PILLET nas suas linhas geraes. Ninguem deixará de ver nelle uma synthese dos elementos já creados para a constituição da theoria dos conflictos é um notavel aperfeçoamento sobre os systemas anteriores relativamente ao problema fundamental do direito internacional privado. Para PILLET, como para os estatutarios, nem todas as leis podem ser territoriaes, pois que isso é contrario á estabilidade necessaria á condição juridica das pessoas, pelo que deve haver um estatuto pessoal dotado da exterritorialidade; mas, como para as theorias allemãs, as limitações da territorialidade, e portanto o reconhecimento e applicação das leis estrangeiras, não representam um acto de cortesia, um favor do estado local, mas uma obrigação juridica derivada do principio da communiidade de direito que domina as relações dos estados civilizados; como para SAVIGNY, a natureza das relações juridicas deve ser o guia na resolução dos conflictos e as exigencias do interesse geral do estado local devem restringir a applicação das leis estrangeiras; como para a escola italiana, deve assegurar-se ao individuo a necessaria protecção nas relações internacionaes, para elle exercer eficazmente a sua actividade; como para LAURENT, a personalidade e a realidade devem equiponderar-se na construcção da theoria dos conflictos: como, em fim, para a generalidade dos escriptores, acceta o principio da autonomia da vontade na esphera das leis interpretativas, e o principio *locus regit actum* para regular a forma externa dos actos. Mas PILLET, em divergencia: com a doutrina dos estatutos, não quer a personalidade como uma excepção, mas como uma regra no direito internacional privado; com os escriptores allemães, quer um criterio definido para a escolha da lei reguladora das relações juridicas; com SAVIGNY, não se contenta com a ideia vaga da natureza da relação juridica, mas determina a natureza da lei pelo seu fim, já que a lei não existe senão em vista do seu fim social; com a escola italiana, não acceta a

personalidade do direito como unico principio da theoria dos conflictos apenas limitado por algumas disposições de excepção; em parte com LAURENT, não faz das excepções ao principio da personalidade o principio da territorialidade, mas deriva este principio directamente da necessidade de garantir as condições essenciaes á existencia pacifica das collectividades nacionaes. PILLET, emfim, aproveita o que existe, mas melhora-o, emquanto ensina que no conflicto de leis deve ceder a de menor effeito social, que esse effeito se deve determinar pelo fim das leis, que, pelo fim, estas se classificam naturalmente em leis de protecção individual e leis de garantia social, que as primeiras se devem considerar exterritoriaes e territoriaes as segundas, e que umas serão de applicação permanente e as outras de applicação geral.

126. Num livro de combate e de critica por vezes inclemente, tentou VAREILLES-SOMMIÈRES mostrar a insufficiencia e falta de originalidade das doutrinas modernas sobre a resolução dos conflictos, assim como restaurar a theoria dos estatutos, que, a seu ver, tinha sido acceita pelas theorias posteriores no que ellas apresentam de verdadeiro e accetavel¹.

Reduz o auctor a theoria estatutaria aos seis seguintes principios:

I. As leis dum estado regem uniformemente a conducta de todas as pessoas, nacionaes ou estrangeiras, que se encontrem dentro do territorio do estado.

II. Em geral, as leis dum estado não regem, fóra do territorio deste estado, a conducta de qualquer pessoa, seja nacional ou estrangeira.

¹ *La synthèse du droit international privé.*

III. As leis sobre o estado e capacidade acompanham as pessoas e devem ser-lhes applicaveis em toda a parte.

IV. Os bens moveis são regidos pela lei do domicilio do proprietario sob o ponto de vista dos direitos de successão e sob o ponto de vista dos direitos de preferencia.

V. As leis suppletivas ou interpretativas dum estado não se applicam aos actos realizados no seu territorio quando as partes manifestam, expressa ou tacitamente, a intenção de adoptar as leis doutro estado.

VI. A forma externa dos actos é regulada pela lei do logar da sua celebração.

Só os dois primeiros são, como o auctor confessa, propriamente verdadeiros principios, isto é, regras geraes. Os demais são excepções aos dois primeiros ou excepções ás excepções, embora bastantemente importantes para se poderem formular como principios.

Os dois principios fundamentaes representam a dupla manifestação da ideia da territorialidade das leis, a qual se traduz na proposição de que as leis obrigam universalmente dentro do territorio do estado e deixam de ser obrigatorias fóra do mesmo territorio.

O primeiro principio justifica-o VAREILLES-SOMMIÈRES dizendo que o estado *pode* e até *deve* impor legitimamente as suas leis a todos os que se encontrem no territorio, pois que os estrangeiros, que entram no territorio do estado, fazem parte, embora momentaneamente, da sociedade civil ahi existente, se bem que não deixem de ser membros da sociedade civil a que pertenciam exclusivamente até ahi, e, sendo membros da sociedade local, devem sujeitar-se a todas as condições desta sociedade e obedecer a todas as leis que a regem, e accrescentando que o estado *quer* effectivamente impor as suas leis aos estrangeiros, pois a verdade é que o estado ou estabelece regras geraes applicaveis a nacionaes e estrangeiros, ou, quando ad-

mitte a applicação de leis estrangeiras, tornam-se estas parte integrante da legislação que as tolera. Assim justificado o principio, determina o auctor o seu alcance e é que os actos celebrados num estado em harmonia com as suas leis devem ser validos em relação a todos os outros estados, assim como quando nullos, por contrarios a essas leis, nullos devem ser considerados em toda a parte.

O segundo principio apoia-o VAREILLES-SOMMIÈRES no duplo motivo de que o estado não pode executar as suas leis contra os nacionaes que se encontrem dentro do territorio doutros estados, porque a isso se oppõe o principio da independencia mutua dos estados, e de que, embora o direito internacional publico não obste a que um estado torne as suas leis obrigatorias para os seus nacionaes que se encontrem em país estrangeiro e os sujeite quando voltem ao país ás consequencias do não cumprimento dessas leis, como acontece designadamente em materia de estado e capacidade, em geral não deve o estado proceder por essa forma e, na duvida, não deve crer-se que assim o quisesse fazer, já porque ordinariamente o estado se desinteressa por completo dos actos que os seus nacionaes praticam no estrangeiro, já porque seria impossivel em muitos casos aos seus subditos conformarem-se com as leis nacionaes, já porque a maior parte das leis têm a sua razão de ser nas circumstancias geographicas ou sociaes e portanto são improprias para meios differentes daquelles em que foram promulgadas.

Tentou assim VAREILLES-SOMMIÈRES defender com razões novas a theoria dos estatutos e rehabilitá-la como a verdadeira doutrina da resolução dos conflictos. Parece, porém, que semelhantes razões não têm a força sufficiente para operar a resurreição da theoria já abandonada pela generalidade dos escriptores.

A affirmação de que o estado pode e deve applicar aos es-

trangeiros as suas leis porque os estrangeiros que entram no territorio se tornam membros da sociedade civil local, sem deixarem de pertencer á sociedade constituida pelo estado de origem, poderia significar que o individuo pode ter duas nacionalidades, e é decididamente contraria á theoria da nacionalidade como elemento de differenciação entre nacionaes e estrangeiros e como meio de ligação entre o individuo e um determinado estado e em harmonia com a qual os estados modernos, dada a sua interdependencia e solidariedade, devem considerar os subditos dos outros estados como pessoas estrangeiras, para o effeito de não estorvarem o cumprimento dos seus deveres para com o estado de origem e para reconhecerem as suas leis quando estas sejam as mais adequadas para tornar justo o regimen juridico das relações internacionaes. Semelhante affirmação não passa do exaggero duma ideia justa e é que os estrangeiros devem subordinar-se a um certo numero de leis do estado local, que são aquellas que organizam a ordem publica local e que obrigam igualmente nacionaes e estrangeiros.

Não é mais procedente a affirmação de que o estado *quer* que as suas leis se applicuem tanto a nacionaes como a estrangeiros por as mais das vezes as formular dum modo generico e por isso tanto para nacionaes como para estrangeiros e, quando tolera as leis estrangeiras, estas se integrarem na legislação nacional. A verdade é que os estados admittem muitas vezes, expressa ou tacitamente, as leis estrangeiras, e que, embora o façam por iniciativa propria, a sua vontade é determinada pelas necessidades e interesses da vida internacional, pelo respeito da soberania dos outros estados e pela convicção de que a territorialidade das leis é incompativel com as exigencias da comunidade de internacional. As leis estrangeiras integram-se na legislação nacional no sentido de participarem da sua força obrigatoria, mas quem as faz e mo-

difica são os legisladores dos outros estados, porque são elles os reconhecidos como competentes para organizar as leis de protecção dos seus nacionaes ou dos domiciliados no país.

O que resta do primeiro principio é o valor internacional dos actos praticados num país em harmonia com as suas leis, embora deva acrescentar-se que isto só poderá succeder quando essas leis sejam as competentes para o regular e que os effeitos do acto não poderão produzir-se nos países em que sejam contrarios ás leis de garantia social.

O segundo principio, é o proprio VAREILLES-SOMMIÈRES que o modifica, se o não destroe, affirmando, por uma parte, que o direito internacional publico se não oppõe a que o estado imponha as suas leis aos nacionaes que estão no estrangeiro, e admittindo, por outra parte, leis exterritoriaes, como são as leis relativas ao estado e á capacidade. Ha certamente contradicção em affirmar que as leis só obrigam dentro do territorio do estado e depois admittir leis de efficacia exterritorial. É em certo modo *exterritorializar* a territorialidade. Alem de que, os fundamentos adduzidos em apoio de tal principio são pouco convincentes. Não se pode dizer que o estado se desinteresse ordinariamente pelos actos que os seus nacionaes praticam no estrangeiro, pois, para mostrar o contrario ahi estão os tratados em que se regula a situação dos nacionaes em país estrangeiro, bem como os consulados que sob tantos aspectos revelam o interesse do estado pelos seus nacionaes ainda fóra do país, e facilitam a applicação das leis fóra do estado. Depois, se as leis variam com os meios geographicos e sociaes, é muito natural que ás pessoas que nasceram e se desinvolveram num determinado meio sociologico se applicuem as leis formuladas em harmonia com as circumstancias desse meio, pois serão naturalmente as mais proprias para regular o exercicio da sua actividade. É exactamente nesse fundamento que muitos escriptores baseiam a exterritorialidade das leis de estado e capacidade.

Embora uma tentativa interessante de restauração da theoria dos estatutos, não parece, pois, a doutrina de VAREILLES-SOMMIÈRES destinada a fazer voltar os espiritos á orientação scientifica dos jurisconsultos estatutarios. Em todo o caso, teve a doutrina o merito, como nota PILLET, de mostrar que o caracter territorial ou exterritorial da lei é um caracter que se impõe mesmo ás soberanias estrangeiras ¹.

127. Inventariando os elementos com que, successivamente, as differentes correntes doutrinaes tẽem concorrido para a constituição da theoria dos conflictos, verificamos: 1.º) que todos se decidiram pelo reconhecimento de leis *pessoaes exterritoriaes* destinadas a assegurar a situação juridica do individuo nas relações internacionaes; 2.º que as theorias allemãs elevaram aquelle reconhecimento á altura dum *principio juridico* derivado da ideia de comunidade de direito disciplinadora das relações dos estados civilizados, puseram em relevo a necessidade de attender á natureza das relações juridicas para determinar a sua lei reguladora, e marcaram no interesse commum do estado local o limite da applicabão das leis estrangeiras: 3.º) que a escola italiana veio salientar o respeito devido aos direitos do individuo na ordem internacional e ás leis do estado de que elle é nacional na organização da sua protecção pessoal: 4.º) que as doutrinas mais recentes procuram a coordenação da personalidade com a territorialidade, coordenação que, segundo o systema de PILLET, se consegue declarando exterritoriaes as leis de protecção individual e territoriaes as de garantia social.

E, porque precisamos de partilhar neste patrimonio scientifico, diremos que: ao nosso espirito se impõe, em nome

¹ *Droit international*, pag. 210.

da estabilidade necessaria á condição juridica das pessoas, o reconhecimento de leis pessoaes que acompanhem os individuos por toda a parte, lhes precisem o estado e a capacidade e definam a sua situação juridica diante da soberania territorial; pensamos que só com o valor e com a força duma obrigação juridica poderá o reconhecimento das leis estrangeiras dotar os individuos da segurança indispensavel á pratica do commercio internacional; só na justa coordenação dos principios da personalidade e da territorialidade vemos o equilibrio estavel entre os direitos dos estrangeiros e os direitos das collectividades nacionaes; consideramos a personalidade e a exterritorialidade como os caracteres das leis de protecção individual e a territorialidade e a generalidade a característica das leis de garantia social; admittimos como criterio desta distincção das leis o seu fim immediato de defesa do interesse singular dos individuos ou dos interesses comuns da collectividade. Afeiçãoamos assim das differentes escolas o que ahi encontramos de util para a resolução dos conflictos de leis de ordem privada, e aceitamos as innovações de PILLET, pois não encontramos ainda soluções mais perfectas, embora confessemos, e de resto com elle mesmo, que os seus principios não resolvem todas as difficuldades e que na apreciação do fim de cada lei e portanto na sua classificação ainda por vezes ha de apparecer o arbitrio. Os fundamentos da doutrina por nós adoptada, exposta agora sob a fórma de theses geraes, apparecem nas paginas anteriores, em que apresentamos ou criticamos as theorias dos differentes escriptores.

§ II

Desenvolvimento da theoria dos conflictos nas legislações¹
e nos tratados

SUMMARIO : — 128. Systema dos principios geraes de direito internacional privado. Sua formação na evolução doutrinal. — 129. Influencia do systema na evolução legislativa. — 130. Destino do systema dos principios geraes nos tratados declaradores de direito internacional privado. Tratados de Lima de 1878 e de Montevideo de 1889, e convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905. — 131. Valor positivo do systema no estado actual da sciencia do direito internacional privado. — 132. Correntes do direito positivo quanto á resolução dos conflictos.

128. A evolução da doutrina estatutaria conduziu á acceitação geral, pela escola franceza do seculo XVI, da classificação dos estatutos em *personales* e *reales*, e ao reconhecimento final do estatuto *mixto*, pela escola hollandesa do seculo XVII. E, apesar das divergencias entre os jurisconsultos estatutarios acerca da definição e alcance de cada um dos estatutos, havia em relação a cada estatuto um typo a respeito do qual estavam d'accordo. O typo do estatuto pessoal era o estatuto relativo ao *estado e capacidade das pessoas*; o typo do estatuto real era o estatuto respeitante á *propriedade immovel*; e o typo do estatuto mixto era o estatuto referente á *forma dos actos juridicos*. Quanto ao estado e capacidade das pessoas accordavam em que não devia regulá-los de modo absoluto a lei do logar em que as pessoas se encontravam, mas devia prevalecer a lei do *domicilio*; quanto ao regimen dos immo-

¹ JITTA, *La methode du droit internatonal privé*, pagg. 120 e segg. e 258 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, pagg. 180 e segg.

veis, davam preponderancia á *lex rei sitae*; e quanto á forma dos actos, reconheciam a preponderancia da lei do logar da celebração pela admissão do adagio *locus regit actum*.

Sobre os tres typos estatutarios construiu a sciencia moderna o systema dos *principios geraes de direito internacional privado*, adoptado pôr muitos escriptores e consagrado já por muitos legisladores. Este systema consiste no reconhecimento dum certo numero de regras geraes que abracem todos os grupos de relações juridicas e dêem o character de certeza ao direito internacional privado pela applicação dessas regras na resolução dos conflictos das leis privadas.

O desenvolvimento e acceitação do systema foram favorecidos pela doutrina de SAVIGNY, que, estabelecendo o principio de que cada relação juridica deve ser regulada pela lei mais conforme á sua natureza, formulou regras geraes para os diferentes grupos de relações juridicas, como acima dissemos.

Os tres estatutos typos originaram tres principios geraes, relativos á determinação da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, do regimen dos bens immoveis, e da forma externa dos actos.

A doutrina estatutaria estabeleçera que o estado e capacidade das pessoas não deviam ser submettidas dum modo geral á lei territorial. Nesta regra negativa accordaram os escriptores modernos. Mas, ao dar-lhe um valor positivo, isto é, ao determinar a lei que deve regular a situação das pessoas quanto ao seu estado e capacidade, ao passo que os estatutarios seguiam o principio da lei do domicilio, os modernos dividiram-se, optando uns pela lei do domicilio e outros pela lei nacional. Todavia, ou se pronunciassem por uma ou por outra lei, formularam o principio geral de que o estado e capacidade deviam ser regulados pela lei pessoal.

O segundo principio geral derivou do typo do estatuto real, consistindo em submeter á *lex rei sitae* os bens immoveis,

considerados em si mesmos, e não nas suas relações com as pessoas quer quanto ao seu estado e capacidade quer quanto ao seu patrimonio considerado como uma universalidade.

O estatuto mixto produziu o principio da subordinação dos actos juridicos, quanto á forma, á lei do logar da celebração. O principio abrange, porém, simplesmente as formalidades extrinsecas do acto, sendo estranho ás formalidades habilitantes, isto é, formalidades destinadas a completar a capacidade limitada de certas pessoas, ás formalidades intrinsecas, ou condições de fundo dos actos, ás formalidades executivas, ou formalidades proprias para fazer valer em juizo os direitos resultantes dos mesmos actos, bem como ás formalidades de publicação, ou formalidades tendentes a assegurar o credito publico e os direitos de terceiro.

Os tres principios eram, porém, insufficientes para regular todos os grupos das relações juridicas que formam o direito privado, e porisso procuraram os escriptores formular outros principios que completassem o systema. Assim, por exemplo, o segundo principio não compreendia nem os moveis nem o patrimonio considerado como uma universalidade de bens, e o terceiro não dizia nada sobre o conteúdo dos actos juridicos, que por certo sobreleva á forma externa. Daqui a necessidade de novos principios que regessem — os *bens moveis*, que uns sujeitaram á lei da situação e outros á lei pessoal do proprietario, — as *successões*, ora submettidas á lei pessoal do auctor da herança, ora á lei da situação dos bens — a *fallencia*, para que estes tornam competente a lei do domicilio do commerciante e aquelles a lei da sua nacionalidade, — os direitos e obrigações resultantes dos *contractos*, que a generalidade subordina ao principio da autonomia das partes, havendo, porém, graves divergências quando as partes não tenham escolhido uma lei determinada, — etc.

Alem disso, qualquer dos principios formulados, podendo

conduzir á applicação das leis estrangeiras, podia igualmente determinar o reconhecimento de leis contrarias aos interesses communs da sociedade local e dahi o reconhecimento geral dum novo principio *limite* á applicação das leis estrangeiras quando ellas fossem contrarias aos fundamentos da ordem publica local. Esse novo principio affirmou a territorialidade e a applicação geral das leis de interesse e ordem publica ou leis de garantia social.

Mas, á medida que novos principios se formulavam, novas lacunas se descobriam, e outros principios se tornaram necessarios para a regulamentação das relações internacionaes de character privado, e os escriptores foram *especializando* os principios geraes, que apenas ficaram como grandes normas de *orientação* para o estudo dos problemas dos conflictos e approximaram-se pouco e pouco do exame das differentes instituições de direito privado sob o ponto de vista internacional, para em relação a cada uma adoptarem as soluções que melhor traduzissem a efficacia das leis privadas.

Por outro lado, o principio de que as leis de interesse e ordem publica são territoriaes e constituem o limite de applicação das leis estrangeiras era demasiadamente vago e deixava largo campo ao arbitrio dos tribunaes, e por isso procuraram os internacionalistas determinar as leis de ordem publica para precisar o limite de applicação das leis estrangeiras.

E assim, o systema dos principios geraes representou, no seu apparecimento, o aproveitamento dos resultados positivos da doutrina estatutaria e, no seu desinvolvimento, a tendencia para determinar concretamente o regimen juridico internacional das diversas instituições do direito privado.

129. O systema dos principios geraes tem influenciado preponderantemente as legislações na determinação das regras de resolução dos conflictos, observando-se, comtudo, na evolução

legislativa uma tendencia semelhante, embora menos pronunciada, á que se verifica na evoluçãõ doutrinal, isto é, a tendencia para ampliar progressivamente as regras de conflictos em ordem a corrigir a indeterminaçãõ dos principios geraes e a definir cada vez melhor o regimen juridico internacional das relações juridicas. É o que mostra á evidencia o estudo dos diplomas legislativos desde o codigo Napoleão até ás leis mais recentes sobre direito internacional privado. Referiremos algumas dessas legislações, para verificarmos o sentido da sua evoluçãõ.

O codigo civil francês formula as suas disposições sobre conflictos no art. 3.º nestes termos: a) «As leis de policia e de segurança obrigam todos os que habitam o territorio; b) Os bens immoveis, mesmo os possuidos por estrangeiros, são regidos pela lei francesa; c) as leis concernentes ao estado e á capacidade das pessoas regem os franceses, ainda que residentes em país estrangeiro».

Limita-se assim o codigo Napoleão a formular tres principios geraes: a personalidade das leis referentes ao estado e capacidade das pessoas, a territorialidade das leis que estabelecem o regimen dos bens immoveis, e a territorialidade das leis de policia e de segurança, ou, dum modo geral, das leis de ordem publica. Nos dois primeiros principios vê-se claramente a influencia da doutrina estatutaria, embora com uma lacuna e uma modificação. A lacuna está em não determinar qual a lei reguladora do estado e capacidade dos estrangeiros em França, que comtudo a doutrina e a jurisprudencia têm preenchido pronunciando-se pela applicação da lei nacional dos estrangeiros. A modificação resulta da substituição da lei nacional á lei do domicilio, que era a lei pessoal segundo a doutrina estatutaria. O motivo da modificação foi duplo. Por um lado, o codigo civil veio unificar o direito francês e assim acabar com as divergencias do direito local que eram causa dos conflictos que

a theoria dos estatutos se propunha principalmente resolver, e assim acabavam os conflictos na esphera do direito nacional para só prevalecerem os conflictos de ordem internacional. A divergencia estatutaria de domicilio era pois substituida por uma divergencia legislativa de nacionalidade e os dois principios succediam-se logicamente. Por outro lado, a subordinação dos francezes ás leis do seu país em materia de estado e de capacidade ainda quando estivessem fóra do país era mais um meio de os conservar unidos á nação franceza. E, por tal forma, o codigo Napoleão lança no campo legislativo o principio da nacionalidade, o qual, no decorrer dum seculo, dominaria quasi integralmente o direito europeu e já iria informar legislações extra-europeias.

Se do codigo francês passamos ao codigo italiano, promulgado em 1865, nota-se de modo frisante que elle consagra o systema dos principios geraes, que o systema apparece mais completo e que já se manifesta a tendencia para regular especificadamente o regimen internacional das relações juridicas, e que se procura precisar as leis de interesse e ordem publica. Eis o systema do codigo italiano :

a) O estado e capacidade das pessoas, assim como as relações de familia, são regidos pela lei da nação a que ellas pertencem (Titulo preliminar, art. 6.º).

b) Os bens moveis estão sujeitos á lei nacional do seu proprietario, salvas as disposições contrarias da lei do país onde estiverem situados, e os bens immoveis estão sujeitos á lei do lugar da situação (Tit. cit., art. 7.º).

c) As successões legitimas e testamentarias, tanto no que respeita á ordem da successão como relativamente á medida dos direitos successorios e á validade intrinseca das disposições, são reguladas pela lei nacional do auctor da herança, qualquer que seja a natureza dos bens e seja qual for o país da situação (Tit. cit., art. 8.º).

d) A forma extrinseca dos actos entre vivos e de ultima vontade é regulada pela lei do logar da celebração. Os disponentes ou contractantes têm, porém, a faculdade de seguir a lei nacional, contanto que esta seja commum a todas as partes (Tit. cit., art. 9.º).

e) A substancia e efeitos das doações e das disposições de ultima vontade são regulados pela lei nacional do doador ou disponente, e a substancia e efeitos dos contractos pela lei escolhida pelas partes e, na falta de escolha das partes, pela lei do logar da celebração, ou pela lei nacional das partes, quando estas pertençam á mesma nação (Tit. cit., art. 9.º).

f) A competencia e a forma de processo são regidas pela lei do país do tribunal; os meios de prova das obrigações são determinados pela lei do logar da celebração dos respectivos actos; as sentenças pronunciadas por tribunaes estrangeiros serão executadas no reino quando declaradas executivas na forma estabelecida pelo codigo de processo civil¹; os modos de execução dos actos e das sentenças são regulados pela lei do logar em que se procede á execução (Tit. cit., art. 10.º).

g) As leis penaes e de policia e segurança publica abrigam todos os que se encontram no territorio do reino (Tit. cit., art. 11.º).

h) Em caso nenhum as leis, actos e sentenças dum país estrangeiro, bem como as disposições e convenções privadas,

¹ O codigo do processo civil italiano estabelece, quanto á revisão das sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, o systema da *delibação*, isto é, um systema, segundo o qual o tribunal encarregado de rever a sentença não conhece *de merito* do pleito, mas se limita a verificar se as partes foram regularmente citadas, se foram legalmente representadas ou legalmente reveis, e se a sentença contem disposições contrarias á ordem publica ou ao direito publico interno do reino (Codigo do processo civil de 1865, art. 941.º).

poderão derogar as leis *prohibitivas* do reino que respeitam ás pessoas, aos bens e aos actos, nem as leis de qualquer modo referentes á ordem publica e aos bons costumes (Tit. cit., art. 12.º).

O código italiano consagra claramente o principio da personalidade das leis defendido pela escola italiana fundada por MANCINI, applicando a lei nacional ao estado e capacidade, aos bens moveis, ás successões, á forma dos actos entre individuos da mesma nacionalidade, aos efeitos das doações e testamentos, e aos efeitos das obrigações quando os contraentes sejam da mesma nacionalidade, e modificando o principio com as excepções da *autonomia da vontade* quanto aos efeitos dos testamentos e dos contractos, da *forma dos actos* quando as partes não sejam da mesma nacionalidade ou não quiserem seguir a lei nacional, e da *ordem publica internacional*, emquanto sujeita nacionaes e estrangeiros ás leis penaes, de policia e de segurança, ás leis prohibitivas e ás leis que dalgum modo se refiram á ordem publica e aos bons costumes. E, se attendermos a que o mesmo código ainda formula principios quanto á lei reguladora da competencia dos tribunaes, da forma do processo e dos meios de prova, quanto á admissibilidade da execução das sentenças estrangeiras e quanto á lei reguladora do modo de execução dos actos e sentenças estrangeiras, verificamos que elle dosinvolveu largamente o systema apenas esboçado pelo código francês e procurou formular regras geraes para regular os grandes grupos das relações juridicas internacionaes de character privado.

Cumpré ainda notar que, reconhecendo a territorialidade das leis de ordem publica, especificou já algumas dessas leis, deixando embora em pé o principio geral e indeterminado para litimar a applicação das leis estrangeiras.

Por fim, o código italiano, como já tinha especificado a lei reguladora das relações de familia dum modo geral, assim

tambem já especificou principios a respeito da celebração do casamento, determinando nos artigos 102.º e 103.º que a capacidade matrimonial dos estrangeiros é regulada pela sua lei nacional, embora os sujeite a certos impedimentos (idade, casamento não dissolvido, parentesco, etc.) estabelecidos pela lei italiana, que os mesmos estrangeiros devem apresentar ao official do estado civil uma declaração da auctoridade competente do seu pais, donde conste que, segundo a lei nacional, nada obsta ao casamento, e que, quando domiciliados no reino, devem proceder ás publicações estabelecidas pela mesma lei italiana.

Embora com menos precisão, o systema dos principios geraes com tendencia para a especialização é seguido pelo codigo civil portuguez de 1867 e pelo codigo commercial de 1888. Do confronto e approximação desses codigos, verifica-se que elles sancionam os seguintes principios :

a) O estado e capacidade das pessoas são regulados pela sua lei nacional (cod. civ., artt. 24.º e 27.º; cod. com., art. 12.º).

b) Os bens immoveis são regulados pela lei do logar da situação (cod. civ., artt. 24.º e 964.º).

c) A forma externa dos actos é regulada pela lei do logar da celebração (cod. civ., artt. 24.º e 2430.º; cod. com., art. 4.º, n.º 3).

d) A substancia e effeitos dos contractos são regulados pela lei escolhida pelas partes e, no silencio das partes, pela lei do logar da celebração (cod. com., art. 4.º, n.º 1).

e) O modo de cumprimento dos contractos é regulado pela lei do logar da execução (cod. com., art. 4.º, n.º 2).

f) As sentenças proferidas no estrangeiro poderão ser executadas no reino depois de revistas pelas relações em juizo de delibação (cod. civ., art. 31.º; cod. proc. civ., artt. 1087.º e segg.).

g) As leis, actos e sentenças estrangeiras não poderão tornar-se effectivos no reino, quando forem contrarios aos princi-

pios do direito publico portuguezs ou aos principios de ordem publica (cod. com., art. 4.º, § unico; cod. proc. civ., art. 1088.º, § 1.º, n.º 5).

Consequentemente, apparecem nas leis portuguezes manifestações de principios geraes de direito internacional privado quanto ao estado e capacidade das pessoas, quanto á propriedade de immoveis, quanto á forma externa dos actos, quanto aos effeitos e modo de cumprimento dos contractos, quanto á execução de sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros, e quanto á territorialidade das leis de ordem publica, se bem que o systema seja visivelmente mais imperfeito que o italiano, pois nem ha principios relativamente aos moveis, ás successões, aos effeitos das doações e testamentos e á lei reguladora da competencia e forma do processo, nem se faz qualquer especificação das leis de ordem publica.

Ao lado de principios geraes, ha revelações da tendencia para determinar o regimen das differentes instituições juridicas. É o que se verifica, dentro do codigo civil, em materia de casamento, determinando os artt. 1065.º e 1066.º que os casamentos celebrados em país estrangeiro entre portuguezes ou entre conjuges portuguezes e estrangeiros produzirão effeitos no reino desde que, quanto aos conjuges portuguezes, se verifiquem as condições exigidas pela lei portuguesa e, quanto á forma do contracto, se siga a lei do logar da celebração, e dispondo os artt. 1106.º e 1107.º que as convenções antenupciaes estipuladas em país estrangeiros entre subditos portuguezes são reguladas pela lei portuguesa, e as estipuladas entre conjuges portuguezes e estrangeiros são reguladas pela lei escolhida pelas partes, e, no silencio das partes, pela lei do conjuge varão, bem como em materia de testamentos, dizendo os artt. 1961.º e 1965.º que os portuguezes em país estrangeiro podem testar pela forma authentica estabelecida pela lei local e que o testamento feito por estrangeiros em

país estrangeiro produzirá efeitos no reino quando se observem as disposições da lei do país onde for feito; e, dentro do código commercial, em materia de propriedade de navios ou de privilegios sobre o frete ou sobre a carga, mandando o art. 488.º applicar a lei da nacionalidade do navio ao tempo da aquisição do direito que for objecto de contestação, quanto á organização do rol da tripulação e á constituição de hypothecãs sobre navios, determinando os artt. 516.º, §§ 2.º e 3.º, e 591.º, § 1.º e 2.º que os respectivos contractos sejam realizados, em país estrangeiro, nos consulados portuguezes ou no diario da navegação, e portanto segundo a lei portuguesa, em materia de avarias, submettendo-as o art. 650.º á lei do logar onde for entregue a carga, em materia de abalroação, mandando o art. 674.º regular as questões a ella relativas pela lei local quando a abalroação se dê nos portos ou aguas territoriaes, pela lei da nacionalidade do navio quando se dê no alto mar entre navios da mesma nacionalidade, e pela lei nacional de cada um dos navios para a determinação da respectiva responsabilidade quando se dê no alto mar entre navios de diferente nacionalidade, e em materia de salvação e assistencia maritima, mandando o art. 690.º determinar a remuneração duma ou doutra pela lei do logar onde se verificar quando se dê nos portos, rios ou aguas territoriaes, ou pela lei da nacionalidade do navio quando se dê no alto mar.

O systema dos principios geraes com tendencia para a especialização é ainda claramente estabelecido em outras legislações, como — o código argentino de 1871 (artt. 6.º a 14.º, 409.º, 410.º, 1181.º 3283.º, 3286.º, 3611.º e 3612.º), completado pela lei sobre o casamento civil de 1888 (artt. 3.º a 6.º, 86.º e 87.º)¹, — o código civil hespanhol de 1889 (artt. 8.º, 9.º, 10.º, 14.º,

¹ *Annuaire de legislation étrangère*, 1888, pag. 1047.

55.º, 91.º, 732.º, 733.º, etc.), — a lei suissa de 22 de junho de 1881, comparada com o art. 822.º do código federal das obrigações de 1882, e com os artt. 28.º e segg. da lei de 15 de junho de 1891¹ — o decreto congolês de 20 de fevereiro de 1891 (artt. 2.º a 9.º)², — a lei de introdução do código civil allemão de 18 de agosto de 1896 (artt. 7.º a 30.º)³, — e a lei japonesa de 15 de junho de 1898 (artt. 3.º a 30.º)⁴. Destas leis apenas destacaremos a allemã e a japonesa, como características da tendencia para, a par com principios geraes, formular regras especiaes de conflictos relativamente a cada uma das instituições juridicas.

A lei allemã formulou principios geraes -- quanto á capacidade das pessoas, submettendo-a á lei nacional (art. 7.º), — quanto á forma dos actos juridicos, declarando *competente* a lei reguladora da respectiva relação juridica e considerando *sufficiente* a lei do logar da celebração (art. 11.º) — quanto ás successões, mandando-as regular pela lei nacional do auctor da herança (artt. 24.º e 25.º), — e quanto á territorialidade das leis de ordem publica, dispondo que a applicação das leis estrangeiras não terá logar quando contrarias aos bons costumes ou ao fim duma lei allemã (art. 30.º), e estabelece principios especiaes — quanto á interdicção, determinando que o individuo pode ser interdicto na Allemanha e segundo as leis allemãs quando tenha o seu domicilio ou a sua residencia no imperio (art. 8.º) — quanto á ausencia, dispondo que o ausente pode ser julgado morto na Allemanha se for allemão no começo da ausencia, se ahi tiver bens, relativamente a esses bens, e,

¹ *Annuaire* cit., 1882, pag. 517, e 1891, pag. 664.

² *Annuaire* cit., 1891, pagg. 68 a 71.

³ *Code civil allemand*, traducção de GRASSERIE, pagg. 518 e segg.

⁴ *J. D. I. P.*, 1901, pagg. 632 e segg.

sendo casado, tendo tido na Allemanha o seu ultimo domicilio, e sendo a mulher allemã ou o tenha sido até ao casamento uma vez que permaneça ou volte ao pais, se a mulher requerer o competente processo (art. 9.º) — quanto á responsabilidade por actos illicitos praticados no estrangeiro, a qual, quando exigida na Allemanha, não pode exceder a estabelecida pelas leis allemãs (art. 12.º), — quanto á capacidade matrimonial, submittida á lei nacional dos esposos (art. 13.º), — quanto ás relações pessoas dos esposos, tornando competente a lei allemã nas hypotheses de os conjuges serem allemães e de, perdendo o marido a nacionalidade allemã, a mulher a conservar (art. 14.º), — quanto ao regimen matrimonial, que subordina á lei do marido (artt. 15.º e 16.º) — quanto ao divorcio e separação de pessoas, sujeitando-os á lei nacional do marido e exigindo quanto aos estrangeiros que o divorcio ou separação sejam admittidos pelas duas leis (art. 17.º), — quanto ás relações entre paes e filhos, submittendo-as em geral á lei nacional do pae (artt. 18.º a 22.º), — e quanto á tutela, dispondo que pode ser organizada na Allemanha a tutela dum estrangeiro quando o estado de origem não a tenha organizado, se o estrangeiro, segundo a sua lei nacional, precisar de quem vele pelos seus interesses ou for interdito na Allemanha (art. 23.º).

A orientação do legislador allemão foi seguida pela lei japonesa, com a differença, porém, de que esta lei procurou formular regras relativamente a todas as instituições do direito privado. Assim, relativamente a principios geraes, manda regular — a capacidade pela lei nacional (art. 3.º), a existencia e effeitos dos actos juridicos pela lei escolhida pelas partes e, no silencio destas, pela lei do logar da celebração (art. 7.º), a forma dos actos pela lei reguladora da respectiva relação juridica, considerando, porém, sufficiente a lei do logar da celebração para os actos que não estabeleçam ou disponham dum direito real ou dum direito sujeito a registo (art. 9.º), os

direitos reaes sobre moveis ou immoveis e os direitos sujeitos a registo pela lei do logar onde se encontre o objecto dos mesmos direitos (art. 10.º), a existencia e efeitos da gestão de negocios, da *conditio indebiti* e dos factos illicitos pela lei do logar onde forem praticados os respectivos factos (art. 11.º), e as successões pela lei nacional do auctor da herança (artt. 25.º e 26.º), e determina que não devem ser applicadas as leis estrangeiras contrarias á ordem publica e aos bons costumes (art. 30.º). De modo especial, formula regras para a interdição, ausencia, contractos entre ausentes, cessão de creditos, capacidade matrimonial, efeitos do casamento, divorcio, legitimação, adopção, relações entre paes e filhos, alimentos, tutela e curatela (artt. 4.º, 5.º, 6.º, 9.º e 12.º a 24.º).

É bem persuasiva, segundo cremos, a lição dos factos apontados. Do codigo francês á lei japonesa, o systema dos principios geraes affirma-se constantemente nas legislações, e dá-se o facto curioso de, á medida que o systema se completa creando regras para as grandes grupos das relações juridicas, a certeza do regimen internacional destas relações exige regras especiaes sempre mais numerosas, a ponto de parecer logica e necessaria a evolução no sentido da regulamentação completa de cada uma das instituições do direito privado sob o ponto de vista do direito internacional.

130. O phenomeno que acabamos de observar na evolução das legislações patentea-se e accentua-se no direito convencional.

Limitaremos as nossas investigações ao tratado de Lima de 1878, aos tratados de Montevideo de 1889, e ás convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905.

O tratado de Lima formulava uma serie de regras relativas ao direito internacional, onde é facil ver principios geraes de direito internacional privado a par com principios especiaes a

1º) Estado e
capacidade = lei
nacional

2º) Imoveis e
bens de situa-
ção permanente =
lex rei sitae

3º) Contractos
lei do lugar da
celebração - ou
reuecos

4º) Formas da
celebração

5º) - Successões e
doações = lei na-
cional do auctor
da herança

6º) Responsabi-
lidade civil = lei
do lugar do facto

7º) Territorialidade
das leis de or-
dem publica

determinadas instituições jurídicas. Assim, ao mesmo tempo que mandava regular o estado e capacidade pela lei nacional, os immoveis, e os moveis de situação permanente, pela *lex rei sitae*, a validade intrinseca e os efeitos dos contractos pela lei do lugar da celebração, ou pela lei do lugar da execução quando pela sua natureza ou por convenção devessem executar-se num país determinado, e a forma externa dos actos pela lei do lugar da celebração, as successões e doações pela lei nacional do auctor da herança, a responsabilidade civil por delictos ou quasi-delictos pela lei do lugar do facto que lhe desse origem, e declarava inapplicaveis nos estados contractantes as leis estrangeiras contrarias á constituição politica, ás leis d'ordem publica e aos bons costumes (artt. 1.º a 5.º, 16.º, 18.º a 23.º, 38.º e 54.º), estabelecia regras especiaes bastante numerosas, mandando regular a capacidade matrimonial pela lei nacional dos contraentes, com a sujeição, porém, dos estrangeiros aos impedimentos dirimentes estabelecidos pela lei local, a validade do casamento, para os efeitos civis, pela lei do lugar da sua celebração, as relações pessoaes entre os conjuges e as relações entre paes e filhos pela lei do domicilio matrimonial, as convenções ante-nupciaes pela lei dos contractos e as relações patrimoniaes dos conjuges, na falta de contracto, pela lei do domicilio conjugal, ficando comtudo os immoveis e os moveis de situação permanente sujeitos á *lex rei sitae*, — a prescripção acquisitiva pela lei do lugar da situação dos bens e a extinctiva pela lei do lugar da origem da respectiva obrigação ¹.

Mas, se o tratado de Lima é já caracteristico, mais o são os

¹ DE MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, xvi, pagg. 294 e segg.; ZEBALLOS, *La codification du droit international privé aux conférences de la Haye*, no *Bulletin argentin du droit international privé*, 1, pag. 379.

tratados de Montevideo. Como acima dissemos, o congresso de Montevideo de 1888-1889 concluiu pela celebração de nove tratados declaradores de preceitos de direito internacional destinados a regular as relações dos estados contractantes. Desses tratados, são dignos de menção, para o nosso proposito neste momento, os relativos ao direito civil e commercial, de 12 de fevereiro de 1889. O tratado sobre direito civil contem sessenta e sete artigos doutrinaes, de que apenas um pequeno numero consagra principios geraes de direito internacional privado, sendo os restantes destinados a regular as differentes instituições juridicas. Assim, tirante o art. 1.º, que manda regular a capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio, o art. 26.º, que sujeita á *lex rei sitae* os bens, de qualquer natureza, quanto á sua classificação, posse, alienabilidade absoluta ou relativa e a todas as relações juridicas de character real de que sejam susceptiveis, os artt. 32.º e 33.º, que mandam determinar a natureza, existencia e efeitos dos contractos, bem como a exigencia ou não exigencia de documento escripto e a qualidade deste, pela lei do logar da execução, o art. 38.º, que manda regular as obrigações não convencionaes pela lei do logar onde se produza o acto licito ou illicito de que procedem, o art. 39.º, que manda regular a forma dos instrumentos publicos pela lei do logar onde são exarados e a dos instrumentos particulares pela lei do logar do cumprimento do respectivo contracto, os artt. 44.º e 45.º, que sujeitam as successões á lei da situação dos bens, com a restricção, porém, de que o testamento feito em acto publico em qualquer dos estados contractantes será admittido em todos os demais, todos os outros estabelecem preceitos especiaes quanto á capacidade das pessoas individuaes e collectivas, domicilio, ausencia, matrimonio, patrio poder, filiação, regimen dos bens, actos juridicos, relações patrimoniaes dos conjuges, successões, prescripção e jurisdicção. O tratado sobre direito

commercial, que contem quarenta e oito artigos doutrinaes, depois de dispôr nos tres primeiros artigos que os actos juridicos serão considerados civis ou commerciaes segundo a lei do logar onde se effectuarem, que o character de commerciante das pessoas se determina pela lei do país em que tẽem a séde dos seus negocios, e que os commerciantes e agentes auxiliares do commercio estão sujeitos ás leis commerciaes do país em que exercem o seu commercio, regula de modo especial o regimen internacional das sociedades commerciaes, que sujeita em geral á lei do seu domicilio, dos seguros, dos abalroamentos maritimos e naufragios, do contracto de fretamento, do contracto de risco maritimo, dos contractos de ajuste dos officiaes dos navios e da gente do mar, das avarias, das letras de cambio e das fallencias.

Vê-se claramente como os dois tratados, alem de consignarem principios geraes, obedeceram á tendencia de regular o regimen internacional das differentes instituições do direito civil e commercial.

Não se encontra nos dois tratados o principio da não applicação das leis estrangeiras quando contrarias á ordem publica, por esse principio estar consignado no art. 4.º do tratado de 3 de fevereiro de 1889, sobre a applicação reciproca das leis dos estados contractantes, concluido entre os mesmos estados, onde se dispõe que essas leis não serão applicadas contra as instituições politicas, as leis de ordem publica e os bons costumes. Alem do tratado de 3 de fevereiro, o mesmo principio ainda foi consignado pelo tratado sobre processo civil, de 11 de janeiro do mesmo anno, que enumera entre as condições para a execução das sentenças estrangeiras a sua não opposição ás leis de ordem publica do país de execução, pelo tratado sobre propriedade litteraria e artistica, que auctoriza os estados signatarios a prohibir a publicação, circulação, representação ou exposição das obras contrarias á moral ou aos bons costumes,

e pelo tratado sobre patentes de invenção, de 10 de janeiro do mesmo anno, que recusa o direito de patente para os inventos contrarios á moral e ás leis do pais.

E deve observar-se que os estados signatarios dos tratados de Montevideo obedeceram em certo modo ao principio da determinação dos casos em que devem prevalecer as leis locais como leis de ordem publica. É o que se nota, no tratado sobre direito civil, relativamente ao exercicio dos direitos das pessoas juridicas estrangeiras, que devem conformar-se com as prescripções das leis dos estados onde pretendam exercer esses direitos (art. 4.º), relativamente á capacidade matrimonial, que subordina á lei do logar da celebração do casamento, com a modificação de que nenhum dos estados contractantes fica obrigado a reconhecer o casamento celebrado em país estrangeiro quando affectado dalgum dos impedimentos de idade (14 annos para os homens e 12 para as mulheres), parentesco (na linha recta e entre irmãos legitimos ou illegitimos), conjugicidio (auctoridade ou cumplicidade), e matrimonio anterior não dissolvido legalmente (art. 11.º), relativamente aos bens, que terminantemente sujeitou ás leis territoriaes como lei, de ordem publica (art. 23.º, 26.º, 29.º a 31.º, 34.º, etc.), e relativamente ás relações patrimonias dos conjuges, que manda regular pelo contracto antenupcial ou pela lei do domicilio conjugal em tudo que não for *prohibido* pela lei do logar da situação dos bens (artt. 40.º e 41.º, que traduzem evidentemente o principio de SAVIGNY acerca do limite da applicação das leis estrangeiras), e, no tratado sobre direito commercial, a respeito de fallencias, onde se dá preponderancia ao principio da pluralidade da fallencia, por certo por a fallencia representar um modo de execução dos bens do commerciante e as leis de execução serem leis de ordem publica.

Alem disso, a especialização das leis de ordem publica e a declaração da sua territorialidade manifesta-se em alguns dos

demais tratados concluídos pelo congresso. Assim, o tratado sobre processo civil manda regular a forma do processo pela *lex fori*, o tratado sobre propriedade litteraria e artistica des- obriga os estados contractantes de reconhecerem os direitos de auctor dos subditos dos outros estados por um prazo maior que o concedido aos seus próprios subditos, e dispõe que a responsabilidade daquelles que usurparem o direito de proprie- dade litteraria ou artistica será determinada pela lei do país em que for commettida a fraude, o tratado sobre patentes de invenção estabelece disposições semelhantes sobre o prazo do privilegio de invenção e sobre responsabilidade dos que pre- judicarem o direito do inventor, o tratado sobre direito penal internacionál de 23 de janeiro de 1889 formula o principio da territorialidade das leis penaes, e o tratado sobre marcas de fabrica e de commercio, de 16 de janeiro do mesmo anno, manda julgar as falsificações das marcas pela lei do país onde for praticada a fraude.

Os tratados de Montevideo representam, pois, uma phase bem frisante na evolução *legal* da theoria dos conflictos. For- mulam principios geraes, mas regulam designadamente as in- stituições do direito privado sob o ponto de vista internacional; estabelecem a regra limite da territorialidade das leis de ordem publica, mas já especificam muitas dessas leis.

Mais definida é a phase traduzida pelas convenções da Haya de 1896, 1902 e 1905.

O projecto de programma da primeira conferencia de direito internacional privado de 1893, enviado ás potencias pelo go- verno hollandês, continha um questionario sobre *a) principios geraes* de direito internacional privado quanto á determinação da lei reguladora — do estado e capacidade das pessoas, — dos bens e direitos reaes, — da forma dos actos, — e da *materia* dos actos juridicos, e *b) direitos de familia*, com- prendendo o casamento, paternidade e filiação legitima e

illegitima, adopção, patrio poder, tutela, interdicção, e successões.

Ainda o ante-projecto de programma da conferencia, elaborado pelos delegados hollandeses e distribuido aos membros da conferencia, era formulado em oito artigos contendo *disposições geraes* relativas aos conflictos de direito privado e abrangendo os assumptos que constituiam a parte geral do questionario bem como as relações de familia, as successões, a competencia, forma de processo, provas, e situação dos estrangeiros perante o direito civil. Comtudo, logo na primeira sessão de estudo da conferencia, esta decidiu, por proposta do delegado francês Renault, estudar e resolver questões concretas de direito internacional privado e deixar á sciencia a determinação dos principios geraes. Em harmonia com esta deliberação, foram, na conferencia de 1893 e nas seguintes de 1894, 1900 e 1904, estudadas questões determinadas e formuladas regras praticas de resolução dos conflictos, segundo já acima deixamos dicto¹. As conferencias não deixaram de subordinar a principios os seus trabalhos e conclusões, mas os principios, em vez de formalmente definidos, transparecem das resoluções adoptadas.

A orientação das conferencias presidiu á celebração das convenções de 1896, de 1902 e de 1905, que não são mais do que a redução a tratados das conclusões respectivas das conferencias de 1894, 1900 e 1904.

Assim, as convenções sobre processo civil de 14 de novembro de 1896 e de 17 de julho de 1905, regulando a comunicação internacional de actos judicarios e extra-judicarios, as commissões rogatorias, a caução *judicatum solvi*, a assistencia judiciaria gratuita e a prisão por dividas, applicam os

¹ Supra, pag. 230 e segg.

principios da territorialidade das leis reguladoras da forma do processo (conv. de 1896, art. 10.^o; conv. de 1905, art. 14.^o), e da não execução das notificações e das rogatorias enviadas por tribunales estrangeiros quando contrarias á segurança ou soberania do estado local (Conv. de 1896, artt. 2.^o e 7.^o; Conv. de 1905, artt. 4.^o e 11.^o), mas estes principios apenas transparecem da regulamentação das relações internacionaes visadas pelas convenções como meio de disciplinar devidamente essas relações.

As restantes convenções regulam determinados grupos de relações juridicas: casamento (capacidade matrimonial e forma do casamento, 12 de junho de 1902); divorcio e separação de pessoas (12 de junho de 1902); tutela de menores (12 de junho de 1902); direitos e deveres dos esposos nas suas relações pessoaes e patrimoniaes (17 de julho de 1905); interdicção (17 de julho de 1905); successões e testamentos (17 de julho de 1905). E nessa regulamentação procuraram directamente estabelecer o regimen internacional de certas instituições de direito privado.

Em todo o caso, das suas disposições resalta claramente a applicação de principios geraes. É o que se vê: da convenção sobre o casamento, que, dum modo geral, manda regular a capacidade matrimonial pela lei nacional de cada um dos conjuges (art. 1.^o) e a forma do casamento pela lei do logar da celebração (art. 5.^o), da convenção sobre divorcio e separação, que torna o direito de pedir o divorcio ou a separação dependente da sua permissão ao mesmo tempo pela lei nacional dos conjuges e pela lei local (art. 1.^o); da convenção sobre tutela de menores, que a manda regular pela lei nacional do tutelado (art. 1.^o); da convenção sobre direitos e deveres dos conjuges, que manda regular as relações pessoaes pela lei nacional dos esposos (art. 1.^o), e as relações patrimoniaes pela lei nacional do marido ou pela lei escolhida pelos esposos, se a sua

lei nacional lhes permittir celebrar um contracto de casamento e optar por uma lei diversa da lei nacional (artt. 2.º e 5.º), e a forma do contracto de casamento pela lei do logar da celebração ou pela lei nacional dos conjuges (art. 6.º); da convenção sobre interdicção, que a manda regular, em geral, pela lei nacional do interdiccendo (art. 1); e da convenção sobre successões e testamentos, que submette a successão legitima e testamentaria á lei nacional do auctor da herança (art. 1.º) e a forma do testamento á lei do logar da sua celebração (art. 3.º). Todas estas convenções acceitaram, com effeito, dum modo geral e sob a sua forma de lei nacional, o principio da personalidade das leis reguladoras do estado e capacidade das pessoas, relações de familia, divorcio e separação, tutela, curatela e successão, bem como o principio *locus regit actum* para regular a forma externa dos actos juridicos, mas não os formularam dum modo expresso.

Ainda as convenções acceitaram o principio da territorialidade das leis de ordem publica, como principio limite da applicação das leis estrangeiras, mas o systema seguido representa uma innovação importante e digna de especial referencia. Em vez de formularem o principio dum modo geral e ao mesmo tempo considerarem certas leis de ordem publica, como fizeram os tratados de Montevideo, seguiram o systema de determinar com precisão as leis de ordem publica que podem obstar, relativamente ao objecto de cada uma das convenções, á applicação das leis estrangeiras. É o que se verifica: na convenção sobre casamento, que determina que a lei do logar da celebração pode prohibir o casamento de estrangeiros contrario ás suas disposições sobre os impedimentos dirimentes de parentesco, adulterio e conjugicidio, ou sobre os impedimentos de character religioso ou provenientes dum casamento anterior, assim como pode permittir aquelle casamento mesmo quando haja impedimento segundo a lei nacional dos esposos,

se esse impedimento for fundado em motivo religioso, e dispõe que os países cuja legislação exige uma celebração religiosa do casamento poderão deixar de reconhecer como validos os casamentos dos seus nacionaes celebrados por uma forma diferente (artt. 2.º, 3.º, 5.º e 6.º); na convenção sobre divorcio e separação de pessoas, que expressamente exige, para os estrangeiros poderem divorciar-se ou separar-se, que o divorcio ou separação sejam reconhecidos pela lei local e que haja uma causa de divorcio ou de separação tanto pela lei nacional como pela lei local (artt. 1.º, 2.º e 3.º); na convenção sobre tutela, que, mandando regular a administração dos bens do pupilo pela sua lei nacional, sujeita á lei da situação os bens immoveis collocados por essa lei num regimen territorial especial (art. 6.º); na convenção sobre as relações juridicas dos conjuges, que determina que a lei normalmente competente para regular os bens dos esposos se não applica aos immoveis collocados pela lei local num regimen fundiario especial (art. 7.º); na convenção sobre interdicção; que dispõe que os estados signatarios podem declarar applicaveis á interdicção pronunciada por uma auctoridade estrangeira as medidas de publicidade prescriptas pela lei local para a interdicção pronunciada pelas auctoridades do país, devendo comtudo os mesmos estados communicar-se mutuamente, por meio do governo hollandês, as disposições que tomarem a tal respeito (art. 9.º), e estabelece uma restricção semelhante á formulada pela convenção sobre a tutela quanto á administração dos bens do pupilo (art. 12.º); e na convenção sobre successões, que, mandando regulá-las pela lei nacional do auctor da herança, reserva a applicação das leis territoriaes que tenham exclusivamente por fim evitar a divisão das propriedades ruraes, ou colloquem os immoveis num regimen fundiario especial, assim como as leis de natureza imperativa ou prohibitiva concernentes ás materias que *forem indicadas* por *commum accordo* dos estados

interessados num protocollo adicional, destinado a ser ratificado ao mesmo tempo que a convenção, devendo comtudo os estados, que queiram aproveitar-se de taes reservas, *communicar* ao governo hollandês a enumeração das disposições das suas leis que serão applicaveis ás successões tanto de nacionaes como de estrangeiros (art. 6.º). Em summa, as convenções da Haya ou determinaram desde logo ou obrigaram os estados signatarios a communicarem-se mutuamente as leis de applicação geral e territorial que devem servir de limite á applicação das leis estrangeiras. Reconheceram, como era natural, leis de ordem publica, mas, para estabelecer a certeza nas relações privadas internacionaes, quizeram determinar essas leis com precisão.

Em synthese, pois, as convenções da Haya orientam-se por principios geraes, mas visam directa e immediatamente a regulamentação das instituições do direito privado, e reconhecem o principio da territorialidade das leis de ordem publica, mas procuram fixar determinadamente estas leis. As convenções traduzem, assim, o ultimo termo duma evolução caracteristica. Com o codigo francês, deparamos com o inicio do systema dos principios geraes; com o codigo italiano, verificamos a affirmação plena do mesmo systema; com as leis posteriores e com os tratados americanos, evidencia-se e accentua-se a tendência para, ao lado de principios geraes, regular especialmente as instituições do direito privado; e para, a par com o principio geral da territorialidade das leis de ordem publica, especificar estas leis; finalmente, as convenções da Haya só se preoccupam com a regulamentação immediata das instituições juridicas e ao principio geral da territorialidade das leis de ordem publica preferem a justa determinação das mesmas leis.

131. O destino do systema dos principios geraes na evolu-

ção doutrinal e nas tendencias das legislações e dos tratados conduz á determinação do seu valor positivo no estado actual da sciencia do direito internacional privado.

O systema foi o producto da elaboração doutrinal estatutaria e da acção das theorias modernas que pretenderam formular um pequeno numero de principios simples que pudessem orientar a jurisprudencia dos conflictos e firmar a certeza do direito na resolução das questões juridicas emergentes das relações privadas internacionaes. O systema tinha assim a dupla vantagem de indicar ao juiz a direcção que elle deveria seguir na resolução das questões do direito internacional privado e de tornar relativamente simples a theoria legal dos conflictos.

Todavia, á simplicidade das regras juridicas, não correspondia a simplicidade da vida nas suas manifestações e o systema volvia-se facilmente — no arbitrio dos tribunaes na reduccão ao dominio dos principios geraes das hypotheses concretas por que se revela a vida privada internacional, — na insufficiencia de regulamentação das instituições juridicas sob o ponto de vista internacional — e na imperfeição final do regimen dos conflictos. E assim devia succeder, pois á complexidade da vida social não basta a simplicidade da regulamentação juridica. O resultado foi que o systema teve de ceder á tendencia para a especialização de regras de conflictos adequadas ás instituições do direito privado e que se approximassem da perfeição, que não garantia o simples reconhecimento de principios geraes. E a tendencia para a especialização era o impulso da realidade e da verdade social contra a artificialidade dum systema que não condizia com as exigencias praticas. O systema revestiu porisso o character duma organização juridica transitoria que os progressos da sciencia virão substituir.

Todavia, no seu destino transitorio, tem o systema um merito real. É que, emquanto não for possivel organizar sobre a

base positiva do conhecimento e estudo das leis estrangeiras o regimen juridico de cada uma das relações do direito privado, o systema dos principios geraes tem a vantagem de formular regras para guiar os tribunaes relativamente, pelo menos, aos principaes grupos de relações juridicas. E o seu merito será tanto maior quanto maior for tambem o numero dos principios formulados, pois, assim, mais se approximarà de cada uma das instituições juridicas. E, deste modo, o systema terá o merito de indicar, em relação a cada um dos grupos de relações ou instituições juridicas, a orientação geral a seguir na resolução dos conflictos.

132. Como fica dito acima, o direito internacional privado tem-se constituido até hoje principalmente pelo methodo individual, o que determinou a formação de systemas locais de direito internacional e produz muitas vezes divergencias profundas das legislações sobre a resolução dos conflictos. Nem tudo são, porém, divergencias. Encontram-se tambem muitas semelhanças, pelo que procuraremos determinar, dum modo geral, as correntes do direito positivo sobre a resolução dos conflictos, para vermos as legislações nas suas semelhanças e nas suas differenças fundamentaes.

Compararemos as legislações apenas sob o ponto de vista dos principios geraes, não só por ter sido o systema dos principios geraes o que até hoje tem informado fundamentalmente o direito positivo, mas ainda porque a comparação das disposições especiaes tem o seu logar proprio no estudo de cada uma das instituições juridicas.

Começando pelas semelhanças, notaremos em primeiro logar que as legislações se approximam fundamentalmente no que respeita à territorialidade das leis de ordem pública. Desde o codigo francês, que declarou territoriaes as leis de policia e de segurança, as legislações formulam em geral um principio

semelhante e, quando as leis o não formulam, suppõe-no constantemente a jurisprudencia. Sob uma outra forma e com maior ou menor especificação, condiciona o systema de conflictos nas diversas legislações, embora seja certo que se nota a tendencia para substituir, á indicação generica do principio, a determinação, relativamente a cada instituição juridica, das disposições de interesse e ordem publica ¹.

A uniformidade continua a existir no reconhecimento da territorialidade das leis que estabelecem o regimen da propriedade dos immoveis. Com maior ou menor extensão, tambem este principio apparece nos textos da legislação ou nos arestos dos tribunaes ².

Ainda a uniformidade se manifesta no reconhecimento do principio *locus regit actum*, para regular a forma externa dos actos juridicos. Ou com caracter exclusivo e obrigatorio, ou com caracter facultativo e em concorrência com a competencia doutras leis, a lei do logar da celebração é geralmente acceita como competente ou sufficiente para assegurar a validade dos actos juridicos quanto ás suas formalidades extrinsecas ³.

Á uniformidade substitue-se, porém, a divergencia quanto á regulamentação das differentes instituições juridicas. Deixando

¹ Cod. civ. francês, art. 3.º, alinea 1.ª; cod. civ. ital., artt. 11.º e 12.º; cod. com. port., art. 4.º, § unico; cod. civ. hesp., art. 8.º; lei congolesa de 1891, art. 9.º; lei allemã, art. 30.º; lei japonesa, art. 30.º; cod. civ. argentino, art. 14.º; etc.

² Cod. civ. fran., art. 3.º, alinea 2.ª; cod. civ. ital., art. 7.º; cod. civ. port., art. 24.º; cod. civ. hesp., art. 10.º; lei congolesa, art. 3.º; lei japonesa, art. 4.º; cod. civ. arg., art. 10.º; etc.

³ Cod. civ. ital., art. 9.º; cod. civ. port., artt. 24.º e 2430.º; cod. com. port., art. 4.º, n.º 3; cod. suisse das obrigações, art. 823.º; cod. civ. hesp., art. 11.º; lei cong., art. 5.º; lei allemã, art. 11.º; lei jap., art. 9.º; cod. civ., arg., art. 12.º; cod. civ. mex., art. 15.º; etc.

para o logar proprio a indicação das demais divergencias, apenas delinearemos por agora as correntes legislativas acerca do regimen juridico internacional do estado e capacidade das pessoas, como manifestação do systema dos principios geraes que até hoje tem dominado as legislações.

Sob este ponto de vista, constituem as legislações dos estados membros da comunidade internacional duas correntes, segundo dão o predomínio ao systema da *territorialidade*, isto é, á lei do logar em que o individuo se encontra, ou ao systema da *personalidade*, isto é, á lei do país a que o individuo está ligado por um laço juridico de nacionalidade ou de domicilio.

A primeira corrente é formada pelo direito inglês e norte-americano. Prevalece, com effeito, nos dois países anglosaxões a doutrina da territorialidade das leis, ainda em materia de estado e capacidade. Comtudo, o principio rigoroso da *common law* tem-se modificado progressivamente na pratica dos tribunaes por acção do principio da *comitas gentium* e á doutrina da territorialidade a jurisprudencia vae substituindo o systema do domicilio, sendo já pronunciada a tendencia para a acceitação da lei do domicilio como principio geral de regulamentação de estado e capacidade das pessoas, do casamento, do divorcio e da parte mobiliaria do patrimonio. Logo que este principio se fixe como uma regra de justiça, fixará inteiramente invertida a doutrina da *common law* e o direito anglo-americano consagrará o systema da personalidade como base da condição juridica das pessoas ¹.

A segunda corrente informa a generalidade das legislações,

¹ WEISS, *ob. cit.*, pag. 181; DICEY, *Le statut personnel anglais*, trad. de Stocquart, I, pagg. 13 e 316 e segg.; WESTLAKE, *ob. cit.*, pagg. 43 e segg.; MELLI, *ob. cit.*, pag. 184.

as quaes admittem como principio que o estado e capacidade das pessoas são regulados pela sua pessoal.

Comtudo, não admittem estas legislações a applicação da lei pessoal sem limitações. Em geral, limitam-na com restricções baseadas no interesse geral do estado local. Algumas, porém, ainda accrescentam a taes restricções outras fundadas no interesse privado dos nacionaes, desdobrando-se assim a segunda corrente em duas sub-correntes, consoante a natureza e a extensão do interesse que determina a limitação da competencia da lei pessoal.

A primeira forma de limitação deriva do principio já conhecido da territorialidade das leis de ordem publica, com que, com maior ou menor extensão e determinação, o direito positivo dos povos modernos sempre restringe a applicação das leis estrangeiras.

A limitação derivada do interesse particular dos nacionaes apparece principalmente no direito allemão, austriaco, japonês e suiso. A lei allemã, mandando regular o estado e capacidade das pessoas pela lei nacional, accrescenta comtudo que, se um estrangeiro praticar na Allemanha um acto juridico (que não seja relativo ao direito de familia, ao direito de successão ou á disposição dum immovel sito fora do imperio) para o qual seja declarado incapaz por aquella lei, será comtudo reputado capaz para esse acto, se tiver a capacidade exigida pela lei allemã (art. 7.º).

O codigo civil austriaco sobmette em geral a capacidade dos estrangeiros á lei do domicilio, mas dispõe que a sua capacidade, quanto ás obrigações unilateraes contraídas na Austria, será regulada pela lei mais favoravel á validade da obrigação, e, quanto ás obrigações synallagmaticas, pela lei austriaca (§§ 35.º e 36.º).

A lei japonesa de 15 de junho de 1898 reproduz as disposições da lei allemã (art. 3.º), e a lei suissa de 22 de junho de

1891 determina que o estrangeiro capaz segundo a lei suissa pode contractar validamente na Suissa, ainda que seja incapaz segundo a sua lei nacional.

As limitações determinadas pelo interesse geral do estado local comprehendem-se, pela necessidade de salvaguardar as leis de ordem publica, mas as restricções provindas da tendencia para favorecer os nacionaes, sem outra determinante que não seja o interesse destes, parece um exaggero contrario á logica do systema da personalidade das leis de capacidade.

SECÇÃO II

Noções geraes

§ I

Leis de protecção individual ¹

DIVISÃO I

Lei pessoal

SUMMARIO : — 133. Determinação da lei pessoal. Competencia da lei da nacionalidade. — 134. A lei da nacionalidade nas tendencias doutrinaes. O Instituto de direito internacional e as *Regras de Oxford*. — 135. A lei da nacionalidade nas legislações e nos tratados. — 136. A lei do domicilio como lei pessoal subsidiaria nos casos de falta de nacionalidade, de duas nacionalidades, e de divergencia legislativa dentro da mesma unidade politica. — 137. A lei pessoal competente nas relações entre pessoas de differente nacionalidade. — 138. Influencia da mudança de nacionalidade na determinação da lei pessoal. — 139. Questão da existencia duma lei pessoal das pessoas collectivas.

133. Um resultado positivo da evolução legal e doutrinal da theoria dos conflictos foi o reconhecimento de *leis pessoas*

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 301 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 230 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 409 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 461 e segg.; WEISS, *Manuel*, pagg. 418 e segg.; e *Traité théorique et pratique*, tom. III, pagg. 244 e segg.; FIORE, *Elementi di diritto internazionale privato*, pagg. 63 e segg., e *Le droit*

que sigam os individuos para fóra do seu país e sejam de *applicação permanente* e de *efficacia exterritorial*, para garantia da estabilidade necessaria á sua condição juridica. A *permanencia* e a *exterritorialidade* são effectivamente os caracteres das leis de protecção individual.

Sendo assim, importa resolver dois problemas fundamentaes, o problema da determinação da lei pessoal, e o problema da sua esphera de applicação.

Ao primeiro problema têm sido dadas pelos escriptores e pelas legislações duas soluções. Uns adoptam o systema da lei da nacionalidade, outros seguem o systema da lei do domicilio. Qual a solução mais em harmonia com as exigencias do espirito scientifico?

Muitos escriptores reduzem a questão da competencia da lei pessoal a uma simples questão de preferencia. Discute cada um, segundo o seu ponto de vista, a superioridade da lei nacional ou da lei do domicilio como lei de protecção individual e decide-se pela competencia duma ou doutra, consoante a que se lhe afigura melhor para regular a situação juridica do individuo nas relações internacionaes.

Não é, porém, em semelhantes termos que a questão deve ser discutida e resolvida. A determinação da lei pessoal deve fazer-se em harmonia com os principios que presidem á attribuição da competencia para proteger os individuos dentro da

international privé, tom. I, pagg. 70 e segg., e 295 e segg., e tom. III, pagg. 371 e segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 697 e segg.; GRASSO, *Principi di diritto internazionale*, pagg. 237 e segg.; TORRES CAMPOS, *ob. cit.*, 3.^a ed., pagg. 216 e segg.; ZEBALLOS, *Bulletin argentin de droit int. privé*, I, pagg. 1 e segg., e 473 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pag. 225; SURVILLE ET ATHUIS, *ob. cit.*, pagg. 177 e segg.; MEILI, *ob. cit.*, pag. 109; Sr. dr. TEIXEIRA D'ARREU, *ob. cit.*, pagg. 37 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Das successões no direito internacional privado*; etc.

communidade dos estados. Se, pois, para cada individuo deve haver uma lei pessoal que seja a lei organizadora da sua situação jurídica e da sua protecção em qualquer estado da sociedade internacional, essa lei deve ser logicamente a do estado a que pertence proteger esse individuo, e portanto a lei do estado de que elle é subdito. A lei pessoal deve ser a nacional, como é ao estado nacional que cabe a competencia para nas suas leis civis definir as garantias jurídicas dos seus membros e para no estrangeiro exercer a protecção dos seus nacionaes com a sua diplomacia, com os seus consulados e até com o seu poder militar.

Mas, mesmo sob o ponto de vista da preferencia, a lei preferida deve ser a nacional, pois é essa a que dá maior estabilidade á condição jurídica do individuo, já que o individuo muda mais facilmente de domicilio que de nacionalidade, e aquella estabilidade constituiu o motivo historico e constitue um dos motivos racionaes para declarar exterritoriaes as leis de protecção individual, sendo alem disso certo que é a lei nacional aquella que, na grande generalidade dos casos, mais se conforma com as condições ethnicas e mesologicas que informam o modo de ser dos subditos do estado legislador.

134. A tendencia da doutrina e das legislações é favoravel, em geral, á competencia da lei nacional como lei pessoal.

A tendencia doutrinal revela-se claramente na approximação de dois factos. No dominio das doutrinas estatutarias, era a lei do domicilio a lei uniformemente reconhecida como lei pessoal; com o apparecimento das modernas theorias ácerca de conflictos, e principalmente por virtude da influencia exercida pela escola italiana, o principio da lei nacional affirma-se por tal modo, que em 1880 o Instituto de direito internacional consagrou, nas chamadas *Regras de Oxford*, a lei nacional como a lei competente para regular o estado e a capacidade das

peçoas, bem como para regular as successões legitimas e testamentarias, e successivamente a tem reconhecido como a lei normalmente applicavel na resolução dos conflictos das leis de protecção pessoal, ou, como ainda muitas vezes se diz, das leis relativas ao *estatuto pessoal*. O systema da lei nacional tem assim por si a opinião da auctorizada academia que hoje traduz as affirmações do pensamento scientifico em materia de direito internacional privado.

135. Ao movimento doutrinal corresponde a *evolução* legislativa no seculo XIX. O principio da lei nacional como lei pessoal entra nas legislações com os artt. 3.º e 170.º do código civil francês que mandaram regular pela lei francesa o estado e capacidade e em especial a capacidade matrimonial dos franceses residentes em país estrangeiro, disposições que, logicamente interpretadas, embora depois de muitas duvidas e tergiversações, levaram ao reconhecimento do principio reciproco da regulamentação do estado e capacidade dos estrangeiros pela sua lei nacional. Depois do código francês, é o systema da lei nacional successivamente acceito pelas legislações europeias continentaes que, ora reproduzindo aquelle código, ora melhorando as suas disposições, o que acontece nas legislações mais recentes, como os códigos civis italiano e hespanhol e a lei allemã, hoje o consagram mais ou menos claramente e mais ou menos amplamente, com excepção apenas da Dinamarca, da Noruega e da Austria, e esta simplesmente para os estrangeiros. Da Europa irradia o systema para algumas legislações extra-europeias e é admittido no Brasil, Chili, Colombia, Mexico, Perú, Venezuela, Congo e Japão. Num seculo apenas realiza o novo principio progressos frisantemente indicadores de que continuará a triumphar nas reformas legislativas dos estados civilizados.

Mas a superioridade do systema da lei nacional ainda é re-

conhecida no movimento official de uniformização do direito internacional privado. O congresso sul-americano de Lima de 1877-78 aceitou-o expressamente, no tratado de 5 de dezembro de 1878, para a determinação da lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, da capacidade matrimonial e das successões (artt. 2.º, 10.º, 18.º e 20.º), e, embora o congresso de Montevideo consagrasse no tratado sobre direito civil internacional de 12 de fevereiro de 1889 o principio da lei do domicilio, o congresso de Madrid de 1892, formado de representantes dos dois estados peninsulares e dos estados ibero-americanos, decidiu-se pelo principio da lei nacional, signal de que este principio foi julgado superior mesmo pelos representantes dos estados ibero-americanos e de que cedo ou tarde a America latina se approximarà da corrente predominante nas legislações europeias. Verdadeiramente significativo é, porém, o que se tem passado nas conferencias da Haya. As conferencias adoptaram o systema da lei nacional em todas as questões ali ventiladas relativas ao estatuto pessoal, como o casamento, divorcio e separação de pessoas, tutela de menores, interdicção, successões, etc., e as convenções de 12 de junho de 1902 e de 17 de julho de 1905 consagraram o mesmo systema em materia de casamento, divorcio e separação, tutela de menores, interdicção e successões, á parte a pequena concessão feita, e já indicada, á theoria da devolução, concessão meramente transaccional e até tendente a garantir a applicação da lei nacional nos estados que ainda seguem o systema do domicilio. A obra do Instituto junta-se assim a obra da Haya e o resultado será por certo uma affirmação cada vez maior do principio da lei nacional.

Os países anglo-saxões e alguns países ibero-americanos ficam fóra do movimento, mas este chegará por sua vez a attingi-los. É o que os factos já parecem denunciar. Assim: — a) quanto á Inglaterra, 1.º) em 1889 foi celebrado um

accordo entre o governo inglês e o governo belga para o effeito de serem respeitadas na Inglaterra, nos casamentos dos subditos belgas perante as auctoridades inglesas, as disposições da lei belga sobre o consentimento dos representantes legaes dos contractantes designados pela lei belga, sobre *actos respeitosos*, sobre a idade e sobre a prohibição do casamento entre consanguíneos ou affins¹, e 2.º) em 1901 uma provisão do bispo de Londres determinou o seguinte:— «Os casamentos entre estrangeiros ou entre estrangeiros e ingleses contraídos em Inglaterra serão validos em toda a extensão do Imperio britânico quando celebrados em conformidade da lei inglesa. Os casamentos contraídos na Inglaterra entre estrangeiros ou entre estrangeiros e ingleses *não são, comtudo, necessariamente validos senão quando se cumprom as prescripções legaes do país a que os estrangeiros pertencem*. O secretario de estado dos negocios estrangeiros concluiu um accordo internacional em virtude do qual os consules ou outros representantes dos países estrangeiros na Inglaterra são obrigados a certificar, sempre que lhes seja requerido, que as disposições legaes do seu país foram observadas»²; — b) quanto aos Estados Unidos, uma lei do districto de Colombia de 13 de maio de 1896, sobre casamento, determinou (art. 5.º) que, quando um dos futuros conjuges for estrangeiro, nenhuma licença poderá ser concedida enquanto o ministro ou consul do seu país nos Estados Unidos não tiver certificado que foram cumpridas as condições impostas pela sua lei nacional para a validade do casamento»; — c) e, quanto aos estados ibero-americanos, não só o Brasil, o Chili, a Colombia, o Mexico, o Perú e a Venezuela seguem já a lei nacional, mas as resoluções dos congressos de Lima e de Madrid

¹ *Actes de la conférence de la Haye*, 1893, pag. 37.

² *J. D. I. P.*, 1902, pag. 642.

são revelações de que, embora remotamente, também nesses estados triumphará o systema já predominante na Europa.

Portugal entrou na corrente europeia de consagração do systema da lei nacional, não só reconhecendo-o claramente nas suas leis, como se vê dos artt. 24.º, 27.º, 1065.º e 1066.º do código civil, do art. 12.º do código commercial e até do art. 98.º do Reg. consular, que de modo expresso determinam que o estado e a capacidade dos estrangeiros devem ser regulados pela respectiva lei nacional, mas ainda collaborando nas conferencias da Haya, subscrevendo as suas conclusões e assignando as convenções de 12 de junho de 1902 e de 17 de julho de 1905.

136. Pode, comtudo, a lei do domicilio ser invocada *subsidiariamente* como lei pessoal, quando se dê algum dos casos do individuo não ter nacionalidade, de ter ao mesmo tempo duas nacionalidades, ou de pertencer a um estado ou unidade politica onde se dê a divergencia de leis locais.

Contra o principio de que toda a pessoa deve ter uma nacionalidade, pode alguém encontrar-se, como já dissemos, na situação de não poder provar uma nacionalidade determinada, e, em tal hypothese, porque todo o individuo deve ter uma lei reguladora da sua situação juridica na sociedade internacional, é natural que se considere como pessoal a lei do domicilio, por ser aquella que offerece, á falta duma lei nacional, maior fixidez, e portanto deve ser chamada para preencher a falta da unica lei competente, que é só a lei nacional. Na falta de nacionalidade e de domicilio, recorrer-se-á á lei do logar da realização dos actos juridicos, e, se ainda essa faltar, á *lex fori*, pelo motivo acima indicado. A competencia subsidiaria da lei do domicilio foi reconhecida pelo Instituto nas *Regras de Oxford* nestes termos: «Quando uma pessoa não tem nacionalidade reconhecida, o seu estado e a sua capacidade são

regidos pelas leis do seu domicilio». Neste mesmo sentido dispõe a lei japonesa de 1898, determinando que, relativamente áquelle que não tiver nacionalidade, a lei do seu domicilio será considerada como lei nacional e que, na hypothese de o domicilio ser desconhecido, se deve applicar como lei pessoal a lei da residencia (art. 27.º, alinea 2.ª).

Comtudo, o individuo só deverá considerar-se sem nacionalidade e portanto sem lei nacional ou no estado cuja nacionalidade perdeu legalmente sem que tenha adquirido uma nova nacionalidade, ou quando nunca tenha tido nacionalidade ou esta não possa determinar-se, pois, se já tiver sido nacional dalgum país e essa nacionalidade puder determinar-se, será sua lei pessoal a lei desse país, como dispõe a lei do Montenegro sobre os bens de 1888, art. 800.º, e a lei allemã de 1896, que foi fonte da disposição citada da lei japonesa, mas que só mandou recorrer á lei do domicilio ou da residencia quando o individuo nunca tenha tido nacionalidade (art. 21.º).

No caso de duas nacionalidades, ainda importa considerar duas hypotheses, como para o effeito de determinar a condição juridica dos individuos que se encontrem em semelhantes condições, segundo o conflicto se levante em algum dos estados de que o individuo é nacional ou appareça num terceiro estado. Na primeira hypothese, o juiz applicará a lei local, a qual é para elle obrigatoria e deve ser preferida a qualquer outra. A segunda ainda pode offerecer duas variantes, consoante o interessado esteja domiciliado em algum dos estados de que é subdito ou esteja domiciliado num estado differente. No primeiro caso, o juiz dará preferencia á lei do estado do domicilio, fundado na presumpção de que o interessado preferiu a nacionalidade do estado em que se domiciliou. No segundo caso, o juiz considerará como lei pessoal a da nacionalidade primitiva, quando as duas nacionalidades tenham sido adquiridas *successivamente*, como um direito adquirido ainda não

regularmente substituído sob o ponto de vista internacional, ou, quando as duas nacionalidades tenham sido adquiridas *simultaneamente*, a lei da nacionalidade que, segundo o seu prudente criterio, melhor organize a protecção pessoal do mesmo interessado. A lei japonesa só em parte resolve esta questão. Se o individuo tem duas nacionalidades e uma é a nacionalidade japonesa, manda applicar a lei do Japão; se as duas nacionalidades são estrangeiras, manda determinar a lei pessoal pela nacionalidade adquirida mais recentemente (art. 27.º, alinea 1.ª). Deixa, assim, aquella lei sem solução a hypothese de duas nacionalidades adquiridas simultaneamente.

De modo que a lei do domicilio deverá ser lei subsidiaria, ou na falta de lei nacional, ou no caso de duas ou mais nacionalidades, estando o interessado domiciliado num dos estados de que é subdito.

O nosso direito nada dispõe sobre qual deva ser a lei pessoal do individuo sem patria ou do individuo com duas patrias. Parece-nos, contudo, que a lei portuguesa se adapta ás soluções que acabamos de indicar. Quando o individuo não tenha nacionalidade, claro é que não podem applicar-se-lhe os artt. 27.º do codigo civil e 12.º do codigo commercial, que mandam applicar a lei da nacionalidade, devendo então preferir-se a lei que mais se approxime da lei nacional, que é indubitavelmente a lei do domicilio, e, se domicilio não ha, deverá applicar-se a lei do logar da celebração do acto e, em ultima analyse, a lei portuguesa. No caso de duas nacionalidades, se uma é portuguesa, o juiz applicará obrigatoriamente a lei portuguesa; se ambas as nacionalidades são estrangeiras e o interessado está domiciliado num dos estados de que é subdito, o domicilio indicará o meio de dar applicação ao principio do art. 27.º do codigo civil; se o domicilio não coincide com alguma das nacionalidades, o juiz ou deverá determinar a lei pessoal pela nacionalidade primitiva como um direito

adquirido não regularmente substituído sob o ponto de vista internacional, se as duas nacionalidades foram adquiridas successivamente, ou, na hypothese da sua aquisição simultanea, applicar a lei da nacionalidade que melhor garanta a protecção do interessado e a realização dos principios reguladores da attribuição da nacionalidade.

Ainda a lei do domicilio pode ser subsidiariamente applicada como lei pessoal na hypothese de divergencias legislativas dentro da mesma unidade politica.

Como acima dissemos, os estados podem ser simples ou compostos, e estes revestem a forma de uniões pessoaes ou reaes, confederações, e estados federaes.

Nas uniões pessoaes e nas confederações os estados particulares conservam a sua independencia e personalidade internacional, possuem leis *nacionaes* proprias e porisso a lei pessoal dos individuos que os constituem será a respectiva lei nacional do estado a que elles pertençam.

Todavia, a união real e a federação formam uma pessoa unica na sociedade internacional, e, conservando os estados particulares, como conservam, em maior ou menor grau, a autonomia de legislação, a lei pessoal já não pode determinar-se pela simples referencia á lei nacional, pois que, existindo uma só *nação* para os effeitos internacionaes, ha leis locais differentes nos diversos estados unidos ou federados. Como precisar, pois, a lei pessoal em taes casos? Dada a divergencia legislativa dentro da mesma unidade politica, deve haver no systema juridico local um preceito escripto ou consuetudinario determinador da lei pessoal nas relações *nacionaes*, e a lei pessoal assim determinada, que tanto pode ser a lei do domicilio como a lei da origem, segundo a preferencia do legislador ou o sentido do uso e costume, deverá ser igualmente applicada nas relações internacionaes. Em tal caso, a

lei do domicilio ou da origem será competente ainda por força da lei nacional. Na hypothese de não haver no direito local um preceito determinador da lei pessoal, deverá esta determinar-se pelo domicilio, que é um meio de definir a situação do individuo dentro dum estado em que se verifica a divergencia da legislação local, e representa um laço de direito, ao passo que a origem representa um mero facto que não é necessariamente acompanhado de consequencias juridicas. Deve notar-se comtudo que, na hypothese que consideramos, o domicilio determinante da lei pessoal só pode ser o domicilio nacional, isto é, o domicilio no país a que o individuo pertence. Se o individuo se encontra domiciliado em país estrangeiro, deverá attender-se ao seu ultimo domicilio no estado de origem, pois o domicilio é apenas o meio de differenciar, entre as diversas leis locais dum estado, aquella que deve ser considerada como lei nacional dos subditos desse estado.

O que dizemos da união real e da federação applica-se aos estados unitarios onde se dê a divergencia de leis locais, como acontece na Hespanha, onde, a par com a lei geral, existem os *fueros* provinciaes ou territoriaes ¹.

Deve por ultimo considerar-se o caso de, no mesmo estado, os nacionaes estarem sujeitos a leis differentes segundo a sua confissão religiosa, como acontece no imperio ottomano, onde os musulmanos estão sujeitos ao Koran e os christãos têm o seu direito particular, constituído principalmente pelas *Novellas* dos imperadores do Baixo Imperio, ou segundo a raça, como pode acontecer nos estados coloniaes, se ali houver um direito especial para os indigenas harmonico com a condição e costu-

¹ O codigo civil hespanhol (art. 14.º) manda applicar ás relações inter-provinciaes os preceitos estabelecidos para as relações internacionaes, e, como para estas opta pela lei nacional, tem de intender-se que a lei pessoal se deve determinar pela origem.

mes da sua raça. Em tal caso, a lei pessoal é determinada logicamente pelo systema de direito a que o individuo está sujeito pela sua confissão religiosa ou pela raça. A competência legislativa estatuida pelo legislador nacional deve produzir os seus effeitos no interior do país e nas relações internacionaes ¹.

137. A lei nacional de cada um como sua lei pessoal deve applicar-se sempre que os preceitos juridicos tenham por fim a protecção directa e immediata do individuo.

Se a lei de protecção apenas se refere a uma pessoa, a applicação do principio é simples. Determina-se a condição juridica das pessoas pela sua lei nacional e applica-se esta lei para tornar effectiva a protecção. É o que acontecerá com as doações puramente gratuitas, em que as leis de protecção apenas se referem á pessoa do doador.

Em geral, porém, as leis de protecção respeitam a factos juridicos que interessam a duas ou mais pessoas, estas podem ter uma lei pessoal differente e porisso importa averiguár qual das leis pessoaes em presença deve prevalecer.

E em tal caso, pode dar-se, como ensina PILLET, uma das tres hypotheses: *a)* de os interesses das partes serem inteiramente distinctos, *b)* de na relação juridica se destacar nitidamente a pessoa que a lei quer proteger, *c)* e de serem divergentes os interesses das pessoas que a lei tem por fim garantir.

a) Se os interesses das pessoas envolvidas numa relação juridica são distinctos e independentes, a solução é facil. Ap-

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 312, e *Droit international privé*, pag. 234; AUDINET, *ob. cit.*, pag. 227; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 20 e 497; SURVILLE ET ARTHUIS, *ob. cit.*, pag. 178; MEILI, *ob. cit.*, pag. 117.

lica-se a cada uma a sua lei pessoal e, portanto, na generalidade dos casos, a sua lei nacional. Se varias pessoas de diferente nacionalidade realizam um contracto, a capacidade contractual de cada uma pode certamente determinar-se pela respectiva lei nacional.

b) Se na relação jurídica se destaca nitidamente a pessoa que a lei quer proteger, ainda é facil a solução. applica-se logicamente a lei pessoal dessa pessoa. Assim, nas relações estabelecidas entre tutor e pupilo, porque, segundo o espirito do direito moderno, a tutela é organizada em beneficio e para protecção do pupilo e do seu patrimonio, deverá applicar-se, como lei de protecção, a lei pessoal do pupilo. O mesmo quanto ao regimen do patrio poder. Existe este para protecção do filho e não para beneficio do pae e, porisso, os direitos e obrigações que o constituem devem ser determinados pela lei pessoal do filho. Num caso ou noutro, a lei pessoal só deve ser limitada na sua applicação pelas leis de ordem publica do estado onde forem exercidos o patrio poder ou a tutela.

c) Quando, finalmente, uma situação jurídica respeita a duas pessoas cujos interesses são divergentes e entram com igual titulo na esphera das leis de protecção, a solução racional é a applicação cumulativa das leis pessoas dos interessados, quando a applicação cumulativa seja possivel. A protecção é devida igualmente a cada um dos interessados e porisso as leis protectoras devem coordenar-se emquanto as suas disposições forem compatíveis.

Se as leis pessoas dos interessados forem incompatíveis, não poderá obter-se uma solução rigorosamente *juridica*. Deverá em tal caso optar-se pela solução que parecer mais *equitativa*. Isto, bem entendido, quando não houver um preceito de direito positivo, legislado ou consuetudinario, que imponha uma determinada solução, pois, quando assim aconteça, será essa a solução a adoptar. Esta doutrina tem applicação, por

exemplo, em materia de reconhecimento voluntario dos filhos illegitimos. As leis relativas ao reconhecimento são, em regra, destinadas a proteger simultaneamente os interesses dos paes e os dos filhos. O reconhecimento deverá, pois, fazer-se em harmonia com a lei pessoal tanto do pae como do filho. Se as duas leis forem contradictorias nas suas disposições, por maneira a não poderem applicar-se cumulativamente, o prudente arbitrio do julgador decidir-se-á pela solução que mais aconselhada for pela equidade ¹.

138. Aceite o systema da lei nacional como meio de determinar a lei pessoal, e podendo as pessoas mudar de nacionalidade, importa verificar a influencia que a mudança de nacionalidade exerce na determinação da lei pessoal.

A mudança de nacionalidade produz a mudança de lei pessoal. É logico. De subdito dum estado, passa o individuo a ser membro doutro estado, e é já porisso tambem outro estado que tem o direito e o dever de o proteger como seu nacional, é outro o legislador competente para definir as suas leis de protecção, em summa, deve ser outra a sua lei pessoal.

E se, com a mudança de nacionalidade, o individuo fica com uma nova lei pessoal, é ainda logico que esta lei defina e regule os direitos que pela lei pessoal devem ser definidos e regulados. E nenhuma duvida poderá haver em que a nova lei pessoal deve ser applicada ás relações juridicas constituídas posteriormente á mudança de nacionalidade.

O mesmo já não pode dizer-se relativamente aos direitos constituídos antes desse momento. Tacs direitos, desde que sejam regularmente adquiridos sob o ponto de vista inter-

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 321 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, III, pagg. 317 segg., e IV, pagg. 11 e segg.

nacional, persistem apesar da mudança de nacionalidade. Assim, se um individuo for reconhecido por outro como seu filho á sombra duma lei pessoal competente para regular o reconhecimento, embora o pae ou o filho mude de nacionalidade e a nova lei pessoal já não admitta o reconhecimento, o estado de filho mantém-se como um direito regularmente adquirido.

Em que momento começa, porém, precisamente a competencia da nova lei pessoal e acaba a competencia da lei antiga? Em geral, a resposta é evidente. Esse momento coincide com a data da aquisição duma nova nacionalidade.

Todavia, casos ha em que a doutrina hesita em determinar o inicio da acção da lei nova e o limite da acção da lei antiga. Isto dá-se ou no caso de se constituir uma relação juridica que se liga com um facto anterior á aquisição da nova lei pessoal, ou no caso da pratica dum acto que determina a aquisição duma nova nacionalidade.

Do primeiro caso é exemplo frisante o reconhecimento dum filho natural que, tendo por nascimento uma determinada nacionalidade, adquire por naturalização uma nova nacionalidade. Discutem os auctores se as condições de legitimade do reconhecimento, por parte do filho, devem ser determinadas pela lei da sua primeira nacionalidade ou pela lei da segunda. A solução, porém, mais razoavel parece a de que se deve attender á lei pessoal do individuo ao tempo em que é praticado o acto do reconhecimento. Até ahí havia apenas a possibilidade do reconhecimento e não um direito constituído que devesse ser respeitado pela nova lei pessoal. Parece-nos porisso que pode formular-se o principio de que, quando se constitue uma relação juridica que entra no dominio da lei pessoal e se liga com um facto anterior á aquisição duma nova nacionalidade, essa relação juridica deve ser regulada pela nova lei pessoal sempre que o facto anterior não constitue um direito adqui-

rido, mas representa uma simples condição de possibilidade da constituição da mesma relação jurídica.

O segundo caso é exemplificado pela questão levantada na doutrina sobre se a capacidade matrimonial da mulher se deve determinar em harmonia com a lei da sua nacionalidade anterior ao casamento ou pela lei nacional do marido quando a mulher adquira, como em geral adquire, a nacionalidade do marido. Sustentam alguns que devia attender-se á lei nacional do marido, pois lhes parece justo que, produzindo o casamento a unidade de nacionalidade, seja da competencia exclusiva da lei correspondente a essa nacionalidade a determinação das condições de validade do casamento. Não consideramos, contudo, fundamentada esta doutrina. A unidade de nacionalidade resulta do casamento validamente celebrado e a capacidade para celebrar um casamento valido deve ser determinada pela lei a que a mulher está sujeita quando se procura verificar essa capacidade e não pela lei a que ficará sujeita depois do casamento: A mulher só perde a nacionalidade pelo acto mesmo do casamento e, porisso, até esse acto, regê a lei da sua nacionalidade. O mesmo poderá dizer-se de qualquer outro caso em que a constituição duma relação jurídica determine a perda da nacionalidade. A antiga lei pessoal deve reger até á pratica do acto respectivo, mesmo para a determinação das condições de validade do acto, quando essas condições entrem no dominio da lei pessoal ¹.

139. Ao lado das pessoas individuaes, creou a evolução jurídica, como já dissemos, as pessoas collectivas, cuja existencia jurídica internacional já discutimos e verificamos. Surge

¹ PILLET; *Principes*, pag. 326; PERROUD; *Des conséquences d'un changement de la loi personnelle*, no *J. D. I. P.*, 1905, pag. 292.

naturalmente a seu respeito o problema da existencia duma lei pessoal que, á semelhança do que acontece com os individuos, defina os direitos que ellas podem legitimamente exercer e assim determine a sua capacidade juridica.

Não estão d'accordo os escriptores na resolução do problema, sustentando uns, como SACOPOULO¹, que as leis que regem a existencia das pessoas juridicas e limitam os seus direitos formam um *estatuto pessoal* que ellas podem invocar em toda a parte e a que é indispensavel attender na determinação da sua capacidade juridica, e afirmando outros, como PILLET², que só por um abuso de linguagem se fala no estatuto pessoal das pessoas juridicas, pois que este estatuto não existe, pela simples razão de que a lei pessoal é, por sua natureza, uma lei cujo fim consiste em proteger a pessoa contra os abusos que ella poderia fazer da sua liberdade e da sua actividade, e a pessoa moral *não existe*, não tem liberdade nem actividade e, porisso, não tem necessidade duma lei pessoal qualquer. É de notar, porém, que PILLET, assim como admite a existencia internacional das pessoas collectivas, assim tambem reconhece que, na gestão de negocios duma pessoa juridica, se deve attender á lei da sua fundação, mas explica esta doutrina pelo principio do respeito internacional dos direitos adquiridos. Se uma sociedade é fundada sob o imperio duma lei, que limita a sua actividade, esta lei constitue a condição da existencia da sociedade e delimita a sua esphera d'acção em todos os países onde seja reconhecida, pelo respeito que á mesma lei é devido em país estrangeiro.

SACOPOULO e PILLET concordam aesim na doutrina de que a lei que rege a existencia das pessoas juridicas determina a

¹ *Des personnes morales en droit international privé*, pagg. 121 e 156.

² *Principes*, pag. 330, e *Droit international privé*, pag. 251.

sua esphera d'acção em país estrangeiro, com a differença de que o primeiro filia a doutrina no principio da exterritorialidade das leis de protecção pessoal e o segundo explica-a pelo respeito internacional dos direitos adquiridos. Chegam a resultados identicos, embora por diversos fundamentos.

Pensamos que a razão scientifica está com SACOPOULO.

As pessoas juridicas representam a associação e a organização natural e necessaria das actividades individuaes e a lei que preside a essa associação e disciplina essa organização é ainda uma lei de protecção.

A pessoa collectiva existe tanto social como juridicamente, antes, é uma realidade juridica sancionadora duma realidade sociologica, tem porisso mesmo uma actividade propria, deve possuir a indispensavel liberdade para o exercicio dessa actividade, mas tal actividade e liberdade devem ser regulamentadas pela lei, tanto no interesse dos associados como no interesse da collectividade. A lei competente para preencher esse fim, que é naturalmente a lei do país da nacionalidade das pessoas juridicas, é certamente uma lei de protecção. A vida moderna não pode ter simplesmente por orgão as actividades individuaes, exige a acção das associações, determina a criação das pessoas collectivas, e estas, como as pessoas individuaes, precisam da protecção da lei, bem como precisam que esta protecção seja constante e uniforme, as acompañe em país estrangeiro, isto é, que seja exterritorial e organizada por uma lei de character pessoal.

DIVISÃO II

Dominio d'applicação da lei pessoal

SUMMARIO: — 140. Criterio geral da applicação da lei pessoal. — 141. Applicação da lei pessoal ao estado e capacidade das pessoas. Inconsistencia scientifica da distincção entre capacidade abstracta e capacidade concreta. Lei reguladora do estado e da capacidade das pessoas segundo o direito portuguez. — 142. Principio geral da applicação da lei pessoal ás relações de familia. *a)* Casamento. 1.º) Capacidade matrimonial. Impedimentos do casamento. — 143. 2.º) Relações pessoas e patrimoniaes dos conjuges. — 144. 3.º) Relações entre paes e filhos. Legitimação e perfilhação. Patrio-poder. — 145. *b)* Divorcio e separação de pessoas. — 146. *c)* Tutela e curatela. — 147. *d)* Alimentos devidos em virtude de relações de familia. — 148. Applicação da lei pessoal ao regimen juridico das doações *inter vivos*. — 149. A lei pessoal e o regimen juridico internacional das successões. — 150. Lei reguladora das successões segundo o direito portuguez. — 151. A lei pessoal e o instituto da ausencia. — 152. A applicação da lei pessoal e as leis de interesse e ordem publica.

140. A lei pessoal tem a sua esphera d'acção delimitada pelo fim social das leis, devendo applicar-se a todas as relações juridicas em que a regulamentação legal se propõe assegurar o interesse immediato e pessoal do individuo. A lei que se propõe o interesse immediato e impessoal da collectividade é uma lei de garantia social e a sua applicação deve ser geral e portanto territorial.

Como verificar, porém, se uma lei se propõe immediatamente o interesse dos individuos ou o interesse da collectividade, para a considerar de protecção individual ou de garantia social?

Em harmonia com as ideias do escriptor que formulou esta

classificação das leis, A. PILLET, podemos estabelecer um duplo criterio de verificação, referente o primeiro ao modo por que a lei realiza o bem social, e respeitante o segundo aos conseqüencias da não applicação da lei.

É indubitavel que toda a lei se propõe realizar o bem social, assim como é certo que toda a lei contem uma limitação da liberdade humana, já que o direito, de que a lei é a expressão, constitue um principio de cooperação social e um meio de coordenação das actividades individuaes. Comtudo, o bem social ou se traduz num beneficio da pessoa em quem se torna efectiva a limitação estabelecida pela lei, de modo a tornar-se evidente que o legislador só pede ao individuo um sacrificio *lucrativo*, ou se afirma no sacrificio imposto a um individuo em proveito de todos, tornando-se patente que nenhum interesse resulta para a pessoa cuja liberdade é limitada ou cuja conducta é disciplinada. Assim, é bem differente a limitação da liberdade contractual que torna nullos os contractos feitos por menores, em que é visivel o fim de defender os interesses dos mesmos menores, da limitação da liberdade do malfeitor pela imposição de penas e responsabilidades que inutilizem a sua actividade criminosa e assegurem a tranquillidade geral, em que é claro o destino de garantir o interesse de todos os membros da collectividade. No primeiro caso a lei é de protecção individual, no segundo é já de garantia social. O character da lei determina-se, assim, pelo processo directo da investigação do seu fim social.

Quando este processo for insufficiente, recorrer-se-á ao processo indirecto da verificação da incidencia do prejuizo resultante da não applicação da lei. Se o prejuizo recae determinadamente sobre uma pessoa e com elle nada soffrem as demais, a lei é de protecção pessoal; se ao contrario o prejuizo affecta indistinctamente todas as pessoas, a lei é de garantia social. São frisantes os exemplos apresentados por PILLET. A lei que

prohibe o deposito de substancias explosivas juncto dos logares habilitados é de garantia social, pois que a sua não execução é uma ameaça e um perigo para todas as pessoas, ao passo que a lei que prohibe a doação de bens futuros é uma lei de protecção individual, pois que a sua não applicação é apenas prejudicial para o doador.

Sempre que, portanto, pela analyse do fim da lei ou pela apreciação do resultado da sua não applicação se verifique que ella visa o interesse immediato e pessoal dos individuos, será uma lei de protecção individual e deverá porisso ser de applicação permanente e exterritorial. O campo de applicação normal da lei pessoal é, porém, constituído pela regulamentação legal do estado e capacidade das pessoas, relações de familia, doações e successões, pelo que procuraremos determinar, dum modo geral, como e até onde a lei pessoal deve regular cada um destes grupos de relações juridicas.

141. Foi em relação ao estado e á capacidade das pessoas — ao estado que designa o que a pessoa é e representa o conjuncto das qualidades juridicas que a caracterizam e constituem a sua condição na familia e na sociedade, como a qualidade de maior, menor, solteiro, casado, filho legitimo, filho illegitimo, etc., e á capacidade que indica o que a pessoa *pode* e significa a aptidão para praticar actos juridicos, para possuir e exercer direitos, bem como para contrair obrigações — que primeiro se sentiu a necessidade de dar estabilidade á situação juridica das pessoas e, porisso, reconhecer leis pessoaes de applicação permanente e exterritorial. A exterritorialidade das leis de estado e de capacidade fixou-se com effeito com firmeza na doutrina e nas legislações, podendo dizer-se hoje um principio corrente e de direito commum. Podem discutir-se questões secundarias, como a preferencia da lei da nacionalidade ou da lei do domicilio, mas já se não dis-

cuta que deve ser unica a lei reguladora do estado e da capacidade, para que se não dê o absurdo de o individuo ser maior ou menor, capaz ou incapaz, segundo o país em que se encontrar. É que as leis de estado e capacidade, emquanto se propõem definir a situação do individuo na sociedade, são as que mais directamente respeitam á protecção pessoal e cuja permanencia e continuidade mais convem assegurar.

Esta doutrina foi formalmente consagrada pelo Instituto de direito internacional nas já citadas *Regras de Oxford*. A regra IV firma o principio de que o estado e a capacidade duma pessoa são regulados pela lei do Estado a que ella pertença pela nacionalidade.

Na lei pessoal entra não só o que alguns-escritores chamam a *capacidade abstracta*, ou a aptidão geral para exercer direitos, o que afinal constitue o estado, mas tambem a *capacidade concreta* ou aptidão para praticar um determinado acto juridico, ao contrario do que pretendem certos auctores, como Rocco, que intendem que a capacidade abstracta deve ser regulada pela lei pessoal e a capacidade concreta pela lei do lugar da celebração do acto juridico. Semelhante distincção levaria a tornar illusoria a auctoridade da lei pessoal, que teria de ceder em cada caso á *lex loci* e contrariaria a estabilidade que se pretende obter com a applicação da lei pessoal á capacidade dos individuos.

A lei pessoal deve manter-se mesmo quando seja contraria ao interesse particular dos subditos do estado local, não sendo neste ponto defensavel o systema seguido pelo direito allemão, austriaco, japonês e suiso, que já acima apontamos¹, e segundo o qual os estrangeiros podem celebrar validamente na Allemanha, Austria, Japão e Suissa determinados actos para

¹ Supra, pag. 494.

que sejam incapazes pela sua lei nacional mas para os quaes tenham capacidade pela lei local. Semelhante systema é evidentemente contrario á exterritorialidade das leis de capacidade.

A applicação da lei pessoal na regulamentação do estado e da capacidade das pessoas encontra, todavia, uma restricção importante nos principios de interesse e ordem publica consagrados pelo legislador do logar onde a lei estrangeira deva ser applicada. Esta restricção deriva da necessidade de garantir os interesses geraes do estado local que devem ser defendidos da perturbação que pode resultar da applicação das leis estrangeiras. Assim, num estado onde a familia é monogamica e indissoluvél, não pode um estrangeiro contrair segundo casamento enquanto viva o primeiro consorte, assim como não pode pedir a dissolução do casamento, embora a polygamia e o divorcio lhe sejam permittidos pela sua lei pessoal, pois semelhantes factos são contrarios aos principios de interesse e ordem publica que no estado local presidem á organização da familia. Do mesmo modo, embora seja certo que pela lei pessoal se devem determinar as incapacidades dos individuos, não serão reconhecidas as incapacidades derivadas duma causa politica, ou duma condemnação penal que representem um castigo do criminoso, pois as leis que estabelecem estas incapacidades são d'ordem publica e porisso devem ter effeito meramente territorial¹.

Esta limitação foi igualmente reconhecida pelo Instituto nas *Regras de Oæford*. A regra vii diz que em nenhum caso as leis dum estado poderão obter reconhecimento e effeito em outro estado se forem de encontro ao direito publico ou á ordem publica.

¹ AUDINET, *ob. cit.*, pag. 236; PILLET, *Principes*, pag. 341.

As leis portuguezas consagram os principios formulados. O codigo civil (artt. 24.º e 27.º) e o codigo commercial (art. 12.º) mandam regular o estado e a capacidade pela lei nacional, sem fazerem ou auctorizarem qualquer distincção entre capacidade abstracta e capacidade concreta e sem preceituarem qualquer limitação no interesse particular dos nacionaes, e o citado art. 12.º do codigo commercial limitou a applicação da lei pessoal com os *principios do direito publico portuguez*. As leis estrangeiras de estado e de capacidade deixarão, pois, de applicar-se em Portugal quando sejam contrarias ao *direito publico* ou aos *principios de ordem publica*. Preferimos esta ultima fórmula á do art. 12.º do codigo commercial, porque é mais comprehensiva e mais exacta e se encontra consagrada no art. 1088.º do codigo do processo civil e no art. 4.º § unico do mesmo codigo commercial.

142. Como forma do estado das pessoas, é a familia regulada, em geral, pela lei pessoal, tanto no acto da sua constituição — o casamento, como na serie de relações entre paes e filhos, direito a alimentos, etc. Levanta, porém, a determinação do *estatuto familiar* uma serie de questões secundarias em virtude da relativa complexidade do aggregado social que vem regular e da multiplicidade das relações de familia, tanto de ordem pessoal como de ordem patrimonial, e porisso torna-se necessario acompanhar a familia na sua constituição, na sua vida e na sua dissolução, para concretizar devidamente as applicações da lei pessoal nesta esphera das suas manifestações.

a) *Casamento*. É o casamento o acto productivo da familia legitima e das relações que ella gera e, porisso, o acto mais importante de toda a vida civil. Todas as legislações o reconhecem, todas o regulam, todas o tornam accessivel aos estrangeiros, mas tambem é frequente o desaccordo entre ellas

quanto ás suas condições intrinsecas, quanto ás formalidades externas, quanto aos effeitos juridicos e quanto ás fórmulas da sua dissolução, o que é motivo fecundo de conflictos, que a multiplicação dos casamentos internacionaes vem todos os dias tornar mais numerosos. Procuraremos porisso a formula ou formulas de resolução desses conflictos.

1.º) *Capacidade matrimonial.* A capacidade para contrair casamento deve ser regulada pela lei pessoal, como lei geral reguladora da capacidade para praticar actos juridicos. Deverá, pois, ser a lei nacional de cada um dos esposos a lei competente para determinar a sua capacidade matrimonial, e não simplesmente a lei nacional do esposo varão, como pretendem, por exemplo, FIORE e GRASSO, pelo motivo de a mulher adquirir pelo casamento a nacionalidade do marido. Alem das razões geraes que justificam a competencia da lei pessoal de cada qual para regular a sua capacidade, oppõe-se a semelhante doutrina a consideração de que a mulher só perde a sua nacionalidade originaria pelo facto mesmo do casamento, e a capacidade dos contratantes tem de ser apreciada e referida ao proprio momento em que o facto vae realizar-se, e portanto a uma epoca anterior á aquisição da nova nacionalidade, sendo, de mais, verdade que a doutrina contraria evita anomalias como a de variar a idade em que a mulher pode contrair casamento segundo a nacionalidade do marido que escolher ¹.

Será, portanto, a lei nacional dos contraentes a lei a consultar para determinar os *impedimentos* que podem obstar ao casamento, e só quando impedimento não houver segundo a lei

¹ Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Impedimentos do casamento no direito português*, Coimbra, 1896, pag. 242.

de cada um dos esposos o casamento poderá ser legitimamente celebrado.

Pode, porém, o systema de impedimentos estabelecidos pela lei nacional dos esposos ser modificado em virtude das exigencias das leis de ordem publica do estado onde se celebrar o casamento, ampliando-se ou restringindo-se o numero de impedimentos consoante os interesses legitimos desse estado, como verificaremos no estudo rapido das disposições do codigo civil portuguez sobre este assumpto.

O codigo civil, coerentemente com o systema adoptado para a determinação da lei reguladora do estado e da capacidade, seguiu o systema da nacionalidade na fixação da lei reguladora da capacidade matrimonial. Foi o codigo expresso para duas hypotheses, para a do casamento entre portuguezes em país estrangeiros, e, em parte, para a do casamento entre portuguez e estrangeira ou entre estrangeiro e portuguesa em país estrangeiro. Para a primeira regula o art. 1065.º: — «O casamento contraído em país estrangeiro entre portuguezes, não produz efeitos civis neste reino, não sendo contraído em conformidade da lei portuguesa; salvo o que se acha estabelecido na segunda parte do art. 24.º, quanto á forma externa do contracto». A segunda é prevista pelo art. 1066.º — «O casamento contraído em país estrangeiro, entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portuguesa, produz efeitos civis neste reino, verificando-se, relativamente ao conjuge portuguez, as condições requeridas pela lei portuguesa». Destes artigos resulta que a capacidade matrimonial dos portuguezes é regulada pela lei portuguesa. Mas qual a lei de capacidade matrimonial do estrangeiro ou estrangeira que em país estrangeiro ou no reino case com portuguesa ou com portuguez ou dos estrangeiros que entre si contraírem casamento no reino? A sua lei nacional, que é a lei geral da capacidade dos estrangeiros, segundo o art. 27.º, e que deve applicar-se sempre

que a lei não disponha o contrario ou a isso não obstem os principios de interesse ou ordem publica.

A mesma doutrina foi seguida pela convenção da Haya de 12 de junho de 1902, relativamente ao casamento, cujo art. 1.º é concebido nestes já conhecidos termos: «O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos esposos, a não ser que uma disposição desta lei se refira expressamente a uma outra lei». As palavras gryphadas representam a concessão feita à *theoria da devolução*, concessão que tem um valor meramente transaccional, como acima deixamos explicado ¹.

Mas, logo que os estrangeiros estejam nas condições prescriptas na sua lei nacional, poderão contrair validamente casamento em Portugal? Será sempre necessario que se cumpram integralmente as disposições da sua lei nacional, para que o casamento deva considerar-se legitimo e produza efeitos no reino?

O principio geral é a exterritorialidade da lei reguladora da capacidade matrimonial e portanto deverá responder-se, em regra, afirmativamente a estas duas perguntas. Comtudo, aquella exterritorialidade não é absoluta, soffrendo as modificações impostas pelos principios de ordem publica do estado local. Semelhantes modificações podem ser tanto no sentido de ampliar como no sentido de restringir o systema de impedimentos do casamento estabelecidos pela lei dos contraentes, segundo o interesse publico exigir que a esse systema se accrescente algum dos impedimentos estabelecidos pela lei portuguesa ou que se não attenda a certo impedimento reconhecido pelas leis estrangeiras.

A modificação ampliativa ha de determinar-se em face do

¹ Supra, pag. 264 e segg.

systema de impedimentos estatuido pelo codigo civil, verificando quaes delles devem considerar-se de ordem publica e que porisso devem obstar ao casamento dos estrangeiros.

Admitte o codigo duas ordens de impedimentos, uns *impedientes*, que são os enumerados no art. 1058.º, e outros *dirimentes*, os indicados no art. 1073.º. Os primeiros não obstam á validade do casamento quando celebrado em contrario das disposições e apenas sujeitam os contraentes a certas penalidades, e porisso, escreve o sr. dr. MARNOCO E SOUSA, o legislador reconhece claramente que elles não envolvem uma seria offensa da ordem social, e portanto não devem considerar-se de ordem publica internacional para produzirem nos estrangeiros a incapacidade de contrairem casamento em Portugal.

A questão limita-se porisso aos impedimentos dirimentes, que são os seguintes: 1.º) parentesco por consanguinidade ou afinidade na linha recta; 2.º) parentesco por consanguinidade no segundo grau da linha collateral; 3.º) parentesco por consanguinidade no terceiro grau da linha collateral, salva a concessão de licença; 4.º) menoridade de quatorze annos para o sexo masculino e de doze para o sexo feminino; 5.º) casamento não dissolvido.

Quaes destes impedimentos deverão considerar-se de ordem publica e portanto obrigatorios para os estrangeiros quando a sua lei porventura os não estabeleça?

O impedimento de parentesco funda-se num principio de moral publica e de moral domestica, que condemna o casamento entre parentes proximos, affecta evidentemente o interesse social e porisso devem perante elle equiparar-se nacionaes e estrangeiros.

O casamento não dissolvido está nas mesmas condições. A monogamia é uma das bases da organização da familia segundo o direito civil portuguez e a bigamia é um crime perante o

nosso direito penal¹. A lei que prohiibe a bigamia é claramente uma lei de ordem publica.

O mesmo já não acontece com o impedimento da idade. A idade necessaria para contrair casamento é fixada em harmonia com as condições particulares do desenvolvimento physico, da raça, clima, etc., e porisso só a lei nacional das partes é competente para a estabelecer². Não pode semelhante impedimento considerar-se de ordem publica e o estrangeiro será habil para contrair casamento na idade fixada na sua lei nacional.

A modificação restrictiva dar-se-á sempre que a lei nacional do estrangeiro que queira contrair casamento em Portugal estabeleça impedimentos contrarios aos principios de interesse e ordem publica do nosso país. Como taes se deverão considerar todos os impedimentos derivados da differença de religião e de raça e todos os que constituam uma violação dos direitos de liberdade e de egualdade sobre que assenta a nossa organização social. Poderá, porisso, como nota o sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, um cidadão da Luisiania casar em Portugal com uma mulher de côr, e o seu casamento produzirá no país todos os seus effeitos, embora seja considerado nullo pela lei nacional do marido.

Na hypothese do casamento de portuguezes em país estrangeiro, perante o direito portuguez o casamento produz effeitos juridicos quando celebrado em harmonia com a lei nacional (cod. civ., artt. 1065.º e 1066.º), mas perante o direito do estado local tê-los-á naturalmente apenas quando forem respeitados os principios de interesse e ordem publica desse estado.

¹ Cod. pen., artt. 337 e 338.

² Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pag. 253.

A doutrina que temos apresentado harmoniza-se, em geral, com as disposições da primeira das convenções da Haya de 12 de junho de 1902.

Esta convenção, declarando que o direito de contraír casamento será regulado pela lei nacional de cada um dos esposos (art. 1.º), e acrescentando que os estrangeiros devem justificar, para poderem casar-se, que satisfazem ás condições necessarias segundo a sua lei nacional, justificação que será feita ou por um certificado dos agentes diplomaticos ou consulares do seu país ou por qualquer outro meio de prova, uma vez que as convenções internacionaes ou as auctoridades do país da celebração reconheçam a justificação como sufficiente (art. 4.º), deixa á lei do logar da celebração a faculdade de prohibir o casamento dos estrangeiros que seja contrario ás suas disposições respeitantes — 1.º aos graus de parentesco por consanguinidade ou por afinidade para que se estabeleça uma prohibição absoluta, — 2.º) á prohibição absoluta de contraír casamento estabelecida contra os accusados de adulterio por que o casamento de um delles tenha sido dissolvido, — 3.º) e á prohibição absoluta do casamento aos condemnados pelo crime de conjugicidio na pessoa do conjuge dalgum delles (art. 2.º).

Com estas restricções procurou a convenção attender aos interesses de ordem publica do estado da celebração. Não deu, porém, aos impedimentos de *parentesco*, *adulterio* e *conjugicidio* o character de impedimentos dirimentes em relação aos estrangeiros, se pela lei nacional dos mesmos estrangeiros semelhantes impedimentos não tiverem este character, isto é, taes impedimentos, embora dirimentes para os nacionaes, são apenas impedientes para os estrangeiros, o que se vê desta disposição: «O casamento celebrado em contravenção de qualquer das prohibições supramencionadas não incorrerá em nullidade, contanto que seja valido segundo a lei a que se refere o art. 1.º

(art. 2.º, alinea 2)». Esta importante determinação tem por fim assegurar a validade do casamento quando conforme á lei nacional dos conjugues.

Ainda com o fim de ampliar o systema de impedimentos da lei nacional dos esposos em salvaguarda das leis de ordem publica do estado da celebração do casamento, consignou a convenção este preceito na alinea 3 do art. 2.º: «Sob a reserva da applicação da primeira alinea do art. 6.º da presente convenção, nenhum estado contratante se obriga a fazer celebrar um casamento que, em razão dum casamento anterior ou de obstaculo de ordem religiosa, for contrario ás suas leis. A violação dum impedimento desta natureza não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países alem daquelle em que o casamento houver sido celebrado». A letra do art. 6.º é a seguinte: «Será em toda a parte reconhecido como valido, quanto á forma, o casamento celebrado perante um agente diplomatico ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contratantes for nacional do estado em que o casamento houver sido celebrado e se esse estado a elle se não oppuser. Não poderá oppor-se-lhe, tratando-se dum casamento que, em razão dum casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa, for contrario ás suas leis». A disposição da alinea 3.ª do art. 2.º significa que — nos países em que o casamento é prohibido em virtude dum casamento anterior considerado como existente apesar de divorcio pronunciado em país estrangeiro ou em virtude de votos religiosos ou de differenças de religião — poderá ser prohibido o casamento de estrangeiros cuja lei nacional não contenha semelhantes impedimentos, e que o casamento celebrado num estado que prescrevã esses mesmos impedimentos será nullo apenas nesse estado e valido em todos os outros. E, por força do art. 6.º, a nullidade, mesmo no estado da celebração do casamento, só terá logar quando este seja celebrado perante as auctoridades lo-

caes, sendo valido o casamento contraido numa legação ou num consulado.

A convenção não referiu o impedimento de casamento não dissolvido, pois que, não reconhecendo nenhum dos estados contratantes a polygamia, o casamento polygamico será nullo segundo a lei nacional dos subditos de todos os estados signatarios.

Como consagrou o principio da modificação ampliativa, consagrou tambem a convenção o principio inverso no art. 3.º, onde se diz que a lei do logar da celebração pode permittir o casamento dos estrangeiros apesar das prohibições da sua lei nacional, quando estas prohibições sejam fundadas apenas em motivos de ordem religiosa. Em attenção, porém, ás conveniencias internacionaes, concede aos demais estados o direito de não reconhecerem a validade do casamento celebrado em taes circumstancias.

143. 2.º) *Relações jurídicas dos conjuges.* a) *Relações pessoais.* Celebrado o casamento, fica constituida a familia, apparecem naturalmente relações de direito e obrigação de carácter pessoal entre os conjuges, relações regidas de modo differente nas diversas legislações e porisso importa conhecer a lei que deve regulá-las. Divergem os escriptores na determinação dessa lei, decidindo-se uns pela lei do logar da celebração do casamento, outros pela lei do domicilio do marido, outros pelo principio da autonomia da vontade e portanto pela lei escolhida pelas partes, outros finalmente pela lei nacional do marido. O ultimo systema, porém, é o que merece a preferencia, pois dá estabilidade ao direito de familia e respeita a competencia do estado de que o marido é subdito para regular os direitos e as obrigações dentro das familias que elle tem o direito e a obrigação de proteger. Pelo casamento, o marido conserva a sua nacionalidade, a mulher adquire, em geral, a nacionalidade do marido, a ambos

portanto aquelle estado deve protecção, sendo a lei do mesmo estado a que naturalmente deve determinar os seus direitos e os seus deveres. É, portanto, a lei nacional do marido a lei reguladora das relações pessoaes dos conjuges quer se trate dos seus direitos e deveres recíprocos, como os estabelecidos nos artt. 1184.º, 1185.º e 1186.º do código civil português, quer se trate da sua incapacidade relativa, como se faz nos artigos immediatos, mas a sua applicação tem os limites impostos pelos principios de ordem publica do estado local.

Foi esta a doutrina definida pelo Instituto: «Os direitos e os deveres do marido para com a mulher e da mulher para com o marido são reconhecidos e protegidos segundo a lei nacional do marido, salvas as restricções do direito publico do logar da residencia dos esposos»¹.

Da modificação da lei nacional pela exigencias da ordem publica local resulta que os conjuges só podem tornar effectivos os seus direitos pelos meios estabelecidos pela lei do país onde a sancção desses direitos for pedida, como o estabeleceu a convenção da Haya de 17 de julho de 1905 sobre effeitos do casamento quanto ás relações dos conjuges, a qual formulou a seguinte doutrina: «Os direitos e os deveres dos conjuges nas suas relações pessoaes são regulados pela sua lei nacional. Todavia, estes direitos e estes deveres só podem ser sancionados pelos meios que permittir igualmente a lei do país onde a sancção for requerida» (art. 1.º).

O nosso código civil não é expresso sobre a questão que vimos analysando. Em todo o caso, porque attribue á mulher a nacionalidade do marido (art. 18.º, n.º 6.º), porque manda regular o estado e a capacidade pela lei nacional (artt. 24.º e 27.º, e porque as relações pessoaes entre os esposos são rela-

¹ *Réglement cit.*, art. 11.

