

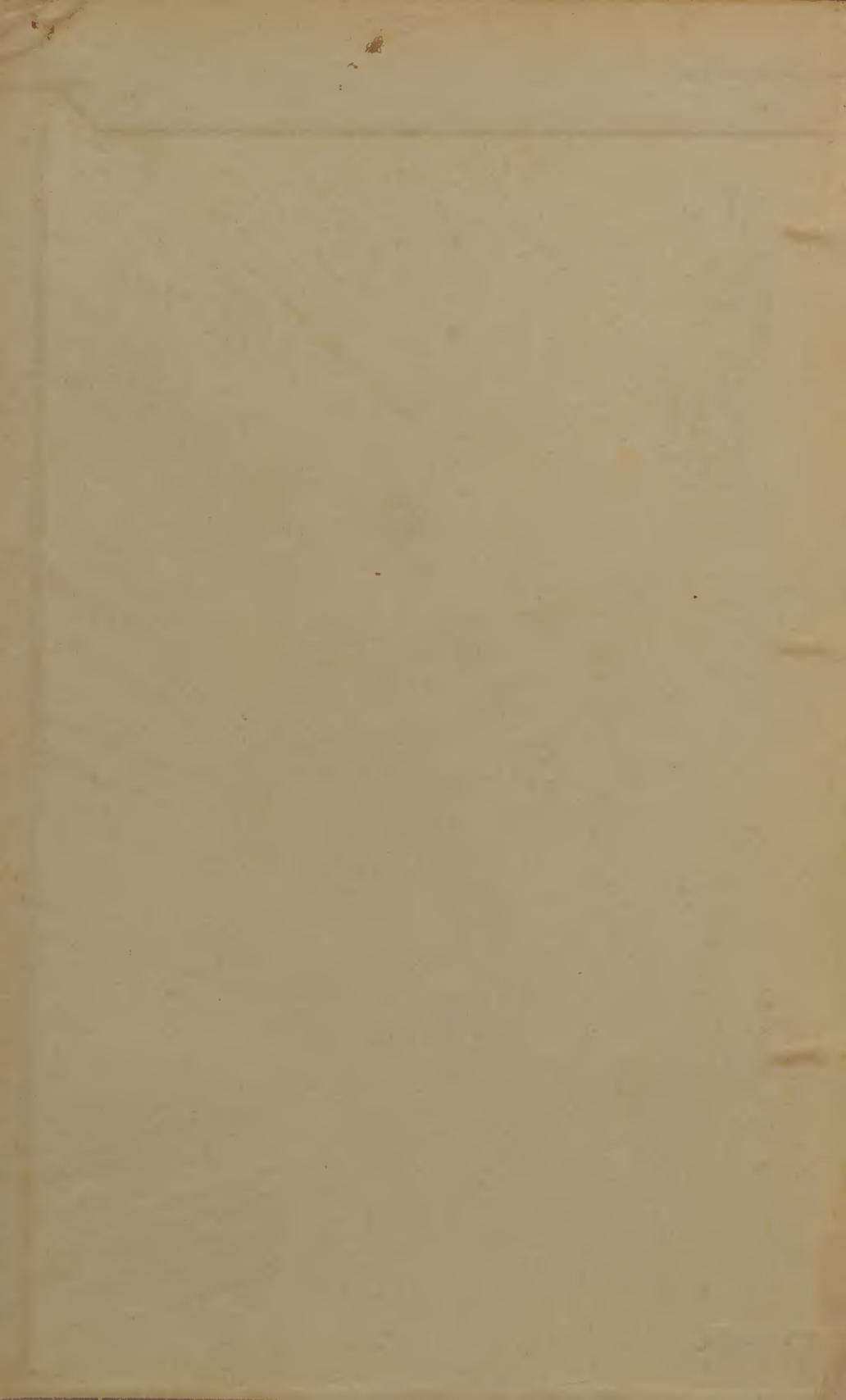
DR. ALVARO WILLELA

Professor da Faculdade de Direito

Direito Internacional



LIÇÕES DE 1905-1908.



Lições

de

Direito Internacional

1905-1906

LIVRO I

NOÇÕES GERAES

I

Preliminares

CAPITULO I

Constituição evolutiva do direito internacional

§ I

Noção do direito internacional ¹

SUMMARY : — 1. Sociedade internacional : sua existencia, base positiva, esfera de acção e forma actual. — 2. Direito regulador da sociedade internacional : seu conceito e função geral. — 3. Condições da existencia do direito internacional. Fundamento geral deste direito.

1. Entre as formações historicas produzidas pela evolução da humanidade constituiu-se progressivamente um organismo

¹ DE GREEF, *Introduction à la sociologie*, tom. I, pagg. 74 e segg. ; F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, tom. I, pagg. 265 e segg. ; PILLET, *Le droit international public*, na *Revue générale du droit internatio-*

internacional, a sociedade dos estados, criação superior do genio europeu, que, começando a afirmar-se nos seculos XII e XIII, teve como uma das suas grandes e bemfazejas revelações o desinvolvimento duma sociedade das communidades politicas ¹.

Com effeito, por um processo lento mas constante, foi-se operando na historia das sociedades de civilização europeia a aproximação progressiva dos differentes povos, até que os estados modernos atingiram uma communhão de interesses e de existencia tão intensa e uma mutualidade de relações tão constante, que, exercendo em commum uma larga actividade, chegaram a constituir uma nova forma de associação humana, a que se tem dado os nomes de sociedade dos estados e de *communidade* ou *sociedade internacional*, podendo já escrever o eminente sociologo DE GREEF: «O grande corpo social, internacional e intercontinental, cujo desinvolvimento prosegue

nal public, tom. I, pagg. 2 e segg.; RIVIER, *Principes du droit des gens*, tom. I, pagg. 7 e segg.; FERRARI, *La sociologia e il diritto internazionale*, Bergamo, 1896; NYS, *Les origines du droit international*, 1894, Introduction. — *Études de droit international et de droit politique*, tom. II, 1901, 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.; 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.; МЕРIGNАС, *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*, 2.^e éd., Paris, 1899, pagg. 36 e segg.; etc.

¹ NYS, *Le droit international*, pag. 3.

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 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.

Foi a missão social dos estados que pouco e pouco conduziu á formação da communidade internacional. Em verdade, a localização mesologica das riquezas naturaes, a distribuição regional das industrias, as creações diferentes da sciencia e da arte no seio dos diversos povos, a emigração e a immigração dos individuos como resultado da expansibilidade das nações, em summa, a apparição diferenciada dos productos da natureza e da intelligencia humana segundo a diversidade dos meios geologicos, ethnicos e historicos e bem assim a tendencia para a penetração reciproca dos povos determinaram naturaes relações entre os individuos das varias nações, produziram a dependencia mutua destas tanto na ordem economica como na ordem intellectual, e os estados foram naturalmente conduzidos, no exercicio normal da sua função, a proteger e defender os interesses e a actividade dos seus nacionaes no seu desinvolvimento espontaneo e progressivas manifestações, entrando irresistivelmente num caminho de relações mutuas e constantes e reconhecendo a reciproca necessidade de exercer em commun e pacificamente uma acção cada vez maior para a realização integral do seu destino. Sobre as relações naturaes dos individuos formaram-se as relações naturaes das nações. «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

¹ *Ob. cit.* pag. 77.

internacional, os seus soberanos são arrastados pela força das coisas a exercer conjuntamente estes deveres analogos ; é o que constitue as diversas nações em comunidade internacional»¹.

A sociedade internacional nasceu assim da necessidade que impedia a cada estado de proteger os seus cidadãos ainda fóra do proprio país e de assegurar eficazmente os seus direitos e os seus interesses no seio dos demais estados. Porque o dever era analogo, as funcções tornaram-se communs e a acção internacional tornou-se reciproca e constante.

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 internacional².

Quanto á sua esphera de acção geographica, a sociedade internacional, que é um producto do genio europeu, ainda hoje 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 comunidade de vida internacional. As divergencias de civilização que separam os povos de civilização europeia dos povos de differente civilização, embora não tenham

¹ *Ob. cit.*, pagg. 4 e 5.

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

obstado a que entre uns e outros se estabeleçam relações mais ou menos regulares, têm-se, contudo, 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 ellesahi 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 Turquia 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 internacional 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 ape-

¹ Auct. e ob. cit., pagg. 267 e 273.

114

nas os estados um *vínculo de contractualidade*, um laço de *livre e mutua* ~~subordinação~~, determinada pela comunidade 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 formação natural da sociedade dos estados produziu a formação também natural dum direito regulador das relações effectuadas dentro da sua esphera d'acção. O direito, como disciplinador especifico de todas as sociedades humanas, appareceu no dominio das relações internacionaes, ordenando-as e garantindo-as convenientemente.

Depois de terem attingido um certo grau de desinvolvimento, adquiriram os povós a convicção de que as relações pacificas internacionaes representavam uma necessidade da civilização, normalizaram a sua conducta, na prosecução dos interesses communs, por preceitos obrigatorios também communs que introduziram a ordem e a justiça nas relações entre os estados, crearam em summa o direito internacional, ou o conjuncto de regras e principios juridicos reguladores das relações mutuas das nações.

O direito, que regula e garante nas sociedades nacionaes as condições necessarias á sua conservação e ao seu desinvolvimento normal, semelhantemente regula e garante na sociedade internacional as condições da sua organização e do seu funcionamento regular. Nos organismos nacionaes opera o direito como força de integração individuo-social, mantendo em justo equilibrio os dois elementos irreductiveis de toda a vida collectiva, e no organismo internacional exerce uma função coordenadora dos interesses particulares de cada estado com os interesses geraes da comunidade internacional.

O destino sociologico do direito internacional, como direito

regulador da organização e funcionamento da sociedade dos estados, resolve-se assim naturalmente :

a) na determinação dos elementos, das bases e da fôrma da organização da sociedade internacional ;

b) na disciplina da acção internacional dos estados para a realização pacifica dos interesses nacionaes de caracter geral ;

c) na regularização da situação juridica dos individuos nas relações internacionaes ;

d) na resolução dos conflictos que a vida internacional possa levantar entre os povos.

Exerce, pois, o organismo juridico internacional na sociedade das nações a funcção reguladora do modo de ser normal das relações entre os estados e da resolução dos seus conflictos.

3. Das considerações feitas derivam naturalmente os elementos de cuja convergencia resulta o direito internacional.

Semelhantes elementos, que são as condições de existencia deste direito, reduzem-se a tres :

a) 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 coexistencia e a cooperação de estados independentes são evidentemente condições de existencia dum direito que regule as suas mutuas relações.

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

Alguns esclarecimentos exige, porém, a condição da obediência a princípios jurídicos *communs*, que se imponham como preceitos obrigatórios.

Deixando para mais tarde a questão do fundamento e da natureza do direito internacional, diremos por agora sómente, dum modo geral, qual a origem da força obrigatória dos seus preceitos.

O caracter coactivo das normas do direito internacional deriva da consciencia jurídica *commum* da necessidade do seu cumprimento.

As regras do direito internacional têm vindo regular relações *necessarias* nos estadios de cultura atravessados pelos estados mais adiantados em civilização. Para que essas relações fossem possiveis e duradoiras, tornava-se indispensavel que um regimen de justa coordenação e mutuo respeito se mantivesse entre os mesmos estados e dahi a convicção da *necessidade* de pautarem o seu procedimento por princípios *obrigatorios* e por todos respeitados nas suas relações. A vida em sociedade internacional impôs-se aos estados como uma *condição* impreterivel do seu desinvolvimento progressivo e por isso a *consciencia geral* do mundo civilizado reconheceu e reconhece como obrigatórios preceitos que regulem e disciplinem a acção dos mesmos estados dentro da comunidade internacional. Este direito regula e garante uma condição vital das sociedades modernas, e, porisso, é considerada a sua pratica como obrigatória pelos povos civilizados, os quaes a elle subordinam, em geral, o exercicio da sua actividade.

A força imperativa do direito internacional foi, portanto, um producto do desinvolvimento dos povos civilizados, os quaes obedeceram á necessidade de se adaptarem ás novas condições de existencia creadas pela sua evolução historica. A aproximação dos povos representou a conjugação de duas forças, aparentemente antitheticas, mas que fundamental-

mente se completam: a força universalista e cosmopolita que representa os interesses superiores da humanidade e a força nacional e historica que representa os interesses particulares duma nação. A primeira levou á criação da sociedade internacional e a segunda deu-lhe a forma que ella hoje reveste. Estados com a necessidade de se relacionarem e de mutuamente se respeitarem, sujeitaram-se naturalmente, ou antes historicamente, a principios disciplinadores da sua acção de interdependencia. Assim se creou a consciencia juridica common e assim se tornou possivel a existencia dum verdadeiro direito internacional. Com razão porisso escreve HOLTZENDORFF: «Conciliar as exigencias das ideias cosmopolitas com a ideia da independencia do Estado, tal é a noção fundamental sobre que se baseia o direito internacional»¹. E que assim foi, vamos verificá-lo no estudo da constituição historica da sociedade internacional e do seu direito regulador.

¹ *Éléments du droit des gens*, pag. 9.

§ II

As origens ¹

(DESDE A ANTIGUIDADE ATÉ AO TRATADO DE WESTPHALIA)

SUMMARIO : — 4. Importancia do estudo da historia do direito internacional. Criterio a seguir nesse estudo. — 5. Periodos da historia do direito internacional. As origens e a organização. — 6. Origens orientaes: o isolamento hostile e os primeiros signaes da aproximação dos estados — 7. Origens gregas: relações dos gregos com os *barbaros* e a *lei commun* das cidades hellenicis. — 8. Origens romanas: phases das relações de Roma com os outros povos; a feição primitiva e as transformações posteriores até ao fim da republica; sentido e significação dessas transformações. — 9. Origens romanas imperiaes: a unificação politica realizada pelo imperio romano. — 10. Origens medievas: tendencias de unificação politica — o imperio e o papado; circumstancias que auxiliaram na idade media a elaboração dos elementos organicos do direito internacional. — 11. Origens proximas: condições sociais que conduziram ao tratado de Westphalia; a criação da sociedade internacional e a constituição regular do seu direito. Conclusão.

4. Todo o direito é um producto historico e sociologico e porisso exige o conhecimento da sua evolução para a compre-

¹ HOLTZENDORFF, *Introd.*, pagg. 151 e segg.; WHEATON, *Histoire des progrès du droit des gens*; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 32 e segg.; FIORE, *Diritto internazionale pubblico*, tom. 1, pagg. 3 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 3 e segg.; LAWRENCE, *Principles of international law*, pagg. 26 e segg.; NYS, *ob. cit.* na nota anterior e mais — *Études*, tom 1, pagg. 13 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 31 e segg. (Neste Manual encontram-se, pagg. 32 e 43, copiosas indicações bibliographicas acerca da historia do direito internacional); WEISS, *Traité de droit int. privé*, tom. II, 1894, pagg. 7 e segg., e *La paix et l'enseignement pacifiste*, 1904, pagg. 45 e segg.; CATELLANI, *Il diritto in-*

hensão e critica dos seus preceitos. Assim acontece tambem com o direito internacional. Accresce, porém, que este direito, sem um poder soberano que o declare e sem uma lei geral que o formule, vivendo nos usos e costumes dos povos e encontrando-se em tratados parciaes que successivamente definiram alguns dos seus principios, exige, mais que qualquer outro ramo das sciencias juridicas, o estudo consciencioso da sua formação para a intelligencia clara dos seus institutos.

Mas que criterio seguir no estudo da evolução progressiva do direito internacional?

Sendo este direito uma formação historica, tendo resultado da integração da força nacional representativa do interesse individual de cada estado e da força cosmopolita realizadora das aspirações de toda a humanidade culta, e apparecendo quando uma pluralidade de estados, impellidos por interesses communs, subordinaram as suas mutuas relações a preceitos obrigatorios tambem communs, descrever a sua historia deve consistir em determinar o processo evolutivo das forças que elle conjuga, verificar a apparição e acompanhar a elaboração progressiva dos seus elementos integradores.

Não se compadecendo, porém, a indole do nosso trabalho com um largo desinvolvimento nem com uma minuciosa documentação da historia do direito internacional, limitar-nos-emos a alguns traços geraes, referindo os factos que em cada epoca definam as tendencias fundamentaes, revelem as ideias dirigentes das nações nas suas relações mutuas, e mostrem os elementos com que cada idade historica tem contribuido para a constituição organica daquelle direito.

ternazionale privato, tom. 1, pagg. 12 e segg.; PRÉDILÈVRE, *Précis de droit international public*, tom. 1, pagg. 32 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 29 e segg.; etc.

5. A vida historica do direito internacional tem percorrido diversos graus de desinvolvimento, e dahi a sua divisão natural em diferentes periodos, que procuraremos fixar attendendo ás frisantes differenças que, na sua evolução, o mesmo direito tem assumido.

Esta evolução atravessou duas p̄has caracteristicas, uma embryonaria, em que se elaboraram progressivamente os elementos fundamentaes do direito internacional e outra de desinvolvimento, em que esses elementos se integraram numa organização regular. Um periodo de *origens* e um periodo de *organização*, taes são, a nosso ver, os estadios geraes da vida historica do direito internacional. No primeiro formam-se fragmentariamente e no segundo coordenam-se progressivamente os elementos vitaes do seu organismo. É o tratado de Westphalia de 1648 que marca a transição definitiva dum para o outro periodo, decorrendo o primeiro desde os mais antigos tempos até áquella data e o segundo dahi até aos nossos dias.

O primeiro periodo abrange, assiu, a antiguidade oriental, a antiguidade classica, toda a edade media e ainda a edade moderna até aos meiados do seculo XVII. É através de tão longos seculos que se opera o trabalho historico que ha de conduzir os estados a constituir uma commuidade internacional regulada por um direito *commun*.

Mas, das theocracias orientaes ás monarchias absolutas dos tempos modernos, nem sempre as nações manifestaram as mesmas tendencias no tocante ás suas relações externas. Deparam-se nos duas epocas geraes, em que dominam dois principios diferentes. A primeira abrange os tempos anteriores ao estabelecimento do imperio romano e é informada pelo principio do *isolamento hostil* e de que, porisso, *os estados não têm, como taes, direitos e deveres recíprocos*; comprehende a segunda os tempos posteriores, na maior parte dos quaes a politica internacional obedeceu ao principio de que *as relações dos esta-*

dos devem ser reguladas por um superior commun, predominando a ideia do estado universal. Ha de commun nestas duas phases a ausencia duma convicção da existencia de principios juridicos egualmente obrigatorios para estados differentes e ha de divergente a concepção da lei da coexistencia dos povos.

Vejamus como através dellas se formaram os elementos da organização do direito internacional e o concurso de cada uma para esse resultado final.

6. Percorrendo a historia dos povos antigos, desde a India até á Republica romana, facilmente se verifica que a lei geral da sua coexistencia era o isolamento hostil. Todos os povos se consideram superiores aos demais povos, sem comprehenderem a legitimidade da existencia duma soberania differente da sua, e, longe de estabelecerem e entreterem relações internacionaes, procuram dar á sua vida interior uma organização social e politica que corresponda ás suas aspirações e esteja ao abrigo de toda a acção estranha.

O isolamento é a condição geral do velho Oriente. A religião como base da organização social e a theocracia como fórmula da politica, vieram consagrar o exclusivismo dos grupos sociais, que a lucta pela existencia conservava num estado permanente de concorrência politica.

Na India, aquelles que não pertenciam a alguma das castas estavam privados de todos os direitos, como acontecia a todas as populações conquistadas, o que dá a medida do que devia pensar-se ácerca dos estrangeiros. Eram considerados seres impuros e despreziveis e com os quaes não podia existir communhão de especie alguma. As leis sagradas de Manú prohibiam, sob pena de castigos terriveis, todas as relações com os estrangeiros, e os indios attribuíam-se, como raça pura e privilegiada, a missão de purificar todas as regiões, destruindo as

outras raças, e o supremo direito de dispôr da terra e da vida dos homens ¹.

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 introdução de qualquer uso estranho, nem reconheciam a hospitalidade ², e o povo hebreu era o povo eleito, ao qual Moysés disse no Deuteronomio: *Te elegit Dominus, ut sis ei populus peculiaris de cunctis 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. . .* ³.

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 na hostilidade reciproca.

Todavia, já no mesmo Oriente começa a delinear-se, embora fragmentaria e levemente, um esboço das relações que haviam de conduzir á approximação internacional. A alliança temporaria entre os povos da mesma origem para uma defesa commum, como por vezes succedia na India, as relações diploma-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 47 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 3 e segg.

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

³ *Deuter.*, (VII, 6, 8).

ticas 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, e outros factos que se encontram na historia dos antigos povos, produzidos pelas circumstancias ou aconselhados pela religião, mostram bem que sobre o isolamento geral ia actuando uma força nova, cujo valor o futuro viria revelar cada vez melhor ⁴. Era uma feliz inconsequencia, como nota DE MARTENS, diante das ideias 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, alem disso, porventura o primeiro signal de que a homogeneidade de condições sociaes é elemento indispensavel á regularidade das relações internacionaes.

Encontradas assim as duas forças integradoras do direito internacional, uma vigorosa e outra no começo das suas manifestações, vejamos como ellas actuam e se combinam na antiguidade classica.

7. A vida exterior do povo grego deve considerar-se sob

⁴ HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 154 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 44 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pag. 10.

dois aspectos: nas relações entre as diferentes cidades hellenicas ou nas relações com os outros povos ¹.

Nesta segunda ordem de relações, a Grecia aproxima-se dos povos orientaes. Os estrangeiros eram considerados barbaros e os barbaros eram, no dizer de ARISTOTELES, destinados pela natureza para escravos dos gregos. Porisso, a pirataria, o latrocínio e a guerra, tudo era legitimo nas relações com os estrangeiros. Dos gregos disse TITO LIVIO: — «cum alienigenis, cum barbaris aeternum omnibus Graecis bellum est ²», e escreveu MONTESQUIEU: «Les Grecs étaient nés pirates ³».

Ao contrario, a communitade de origem, a semelhança de religião, o nivel relativamente elevado da civilização, as relações commerciaes e a colonização produziram a approximação dos estados gregos, crearam entre elles multiplices relações e deram logar ao apparecimento de instituções que hoje entram na esphera do direito internacional. Havia como que uma *lei commun* 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 *atelia*, liberdade aduaneira; a *asylia*, garantia dos bens e das pessoas em caso de conflicto entre dois estados; a *isopolitia*, egualdade juridica e politica;

b) à inviolabilidade dos embaixadores e enviados internacionais;

c) a existencia de tratados em que se regulavam relações

¹ HOLTZENDORFF, *ob. cit.*, pagg. 184 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 51 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 6 e segg.

² *Historia*, liv. 31, cap. 29.

³ *Esprit des lois*, liv. 21, cap. 7.

mutuas e por vezes se estabelecia o recurso á arbitragem para a resolução de conflictos;

d) a *proxenia*, 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 pais 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.

Conseqüentemente, os gregos, se ainda obedeciam ao principio do isolamento politico quanto aos *barbaros*, mostraram, comtudo, nas relações das suas cidades, uma significativa aproximação.

Isto tem levado alguns escriptores a admittir que elles conheciam o direito internacional, sob a fórma dum conjuncto de regras juridicas que dominam as relações entre os estados. Todavia, se attendermos — a que semelhantes laços de aproximação, principalmente baseados em tratados, eram facil e frequentemente quebrados pelas guerras e se limitavam aos povos hellenicos, — á tendencia de muitas cidades gregas para conquistarem a hegemonia, — e ao caracter fundamentalmente religioso das *amphyctionias*, devemos concluir que os factos apontados são apenas documento de que uma certa semelhança de condições sociaes é a verdadeira base das relações internacionaes e que o isolamento dos povos é transitorio e inconsistente, e não revelam ainda a consciencia dum direito commum.

É ainda de lembrar que a Grecia intellectual e philosophica legou á humanidade a ideia dum direito geral coordenador das comunidades politicas, garantindo a autonomia de cada uma e assegurando os interesses geraes de todas, o que não foi por certo indifferente á creação e á realização posterior do direito internacional. Lá era um puro ideal e nas edades posteriores foi, e será cada vez mais, uma realidade social.

*

8. O povo romano teve, na sua longa existencia historica, concepções differentes acerca das suas relações com os outros povos. Podem verificar-se tres phases caracteristicas na historia da sua vida exterior. Na primeira apresenta Roma a natureza violenta e a feição exclusiva dos povos primitivos; na segunda relaciona-se com os outros povos e disciplina a sua conducta para com elles; na terceira realiza a unificação politica do mundo antigo. Percorramo-las rapidamente.

A Roma primitiva nenhuma communhão de vida admittia, como principio, com os estrangeiros. O estrangeiro era um *hostis* e *adversus hostem aeterna auctoritas esto*, segundo a frizante 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 desinvolvimento 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 collectivo. 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 por certo 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 appareceram e foram os tratados, que revestiram, principalmente, as fórmãs 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 *jus 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 logar 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*.

Foi por meio dos tratados que os estrangeiros obtiveram uma 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 encarre-

gados de defender os seus interesses, os pretores peregrinos, creados em 512 de Roma.

Além destes factos, que já mostram como Roma se desviava do isolamento e se approximava dos outros povos, outros ha que revelam um certo respeito dos romanos pelos demais estados, como são a inviolabilidade dos enviados internacionaes e a instituição do collegio dos *Feciales*, 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 *ius feciale*, ao qual alguns escriptores dão o nome de direito internacional dos romanos.

O conjuncto dos factos apontados tem levado os cultores da nossa sciencia a discutir se os romanos conheceram e cumpriram um verdadeiro direito internacional. Comtudo, o conhecimento do desinvolvimento organico da sociedade romana e das tendencias geraes da sua politica definem claramente o caracter das suas relações com os outros povos.

Com effeito, a historia do povo romano prova que as manifestações da sua vida collectiva se resumiram em tres tendencias geraes, a lucta vigorosa pela defesa da sua cidade, a lucta constante pelo seu engrandecimento e a lucta indefessa pela sua supremacia.

Todavia, a lucta pelo engrandecimento e pela supremacia, se teve a forma de violencia e de destruição quando os povos rivaes offerciam resistencia, revestiu, sempre que as circumstancias o aconselharam, o caracter *pacífico* da assimilação e do aproveitamento do auxilio dos povos vizinhos.

A concessão de garantias juridicas aos estrangeiros, os tratados e todo esse processo de engrandecimento, que é unico na historia e se chama *romanização*, não parte da ideia duma

communidade juridica entre os povos, mas tende á affirmação progressiva do dominio romano.

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 circumstancias e modifica o *jus civile*, o *jus feciale* traduz o character formalista e tantas vezes religioso que dominou toda a vida romana, os *Feciaes* eram sacerdotes que exerciam funcções 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 se aproxima da verdade, mostra-o essa obra de grandiosa absorpção e unificação politica que Roma realizou, depois que a batalha de Zama decidiu da sua hegemonia geral, e que teve a sua expressão suprema na organização imperial.

Em conclusão, Roma conheceu as relações internacionaes, regulou-as muitas vezes juridicamente, mas nunca em nome duma communhão juridica internacional.

Chegamos assim ao termo da primeira phase das origens. Encontramos a revelação historica de duas tendencias, a nacional e a cosmopolita, que o imperio romano vae approximar por uma fórmula original — a constituição dum estado unico, que dicta a lei a quasi todo o mundo conhecido.

9. Roma havia realizado o trabalho historico da conquista do mundo quando appareceu o imperio como producto da decadencia das instituições republicanas. Quasi todo o *orbis terrarum*, como lhe chamava CÍCERO, era romano e obedecia ao seu poder.

O imperio, contudo, veio cumprir uma nova missão. Foi durante elle que se realizou definitivamente a unidade social e politica dentro de toda a sociedade romana.

As velhas differenças entre cidadãos, latinos e peregrinos acabam em Antonino Caracalla pela concessão do direito de cidadão romano a todos os subditos do imperio, e este transforma-se numa vasta e poderosa unidade politica onde vigora uma só lei e funciona uma administração uniforme.

Mais uma vez Roma é a negação absoluta do direito internacional como nós o entendemos. Quasi tudo está sob o seu dominio e o que ahi se não encontra não é reconhecido juridicamente.

Estamos assim claramente na segunda epoca do periodo das origens. Aparece um *superior commum* que domina quasi universalmente e não concede direitos aos que se encontram fóra do seu dominio. Como o imperio dos Persas havia culminado o periodo da civilização assyrio-egypcia e o imperio de Alexandre rematara o periodo da civilização hellenica, o imperio romano fecha o cyclo da civilização latina e reduz o mundo antigo a uma grande unidade politica. Continua assim e realiza vigorosamente uma tendencia já revelada em tempos anteriores para a formação dum grande estado dominador de todo o mundo politico.

Mas que significa e que valor pode ter este acontecimento na questão das origens do direito internacional, se é a sua clara negação?

Significa a *universalização* da força nacional, a identificação temporaria das forças geradoras do direito internacional, que a historia de novo viria separar até que, approximadas sem se confundirem e distinctas sem se repellirem, se coordenassem numa resultante de harmonia. É o que vae verificar-se num processo evolutivo de affluencias diversas, que continua até á organização regular do direito internacional. Tem o valor da

aproximação dos principaes povos da antiguidade numa grande unidade de civilização, contribuindo assim poderosamente para preparar o grande movimento das relações estabelecidas mais tarde entre as nações que historicamente succederam ao imperio romano.

10. O imperio romano, apesar da sua grandeza e da sua força, não resolveu o problema da organização geral da humanidade, nem no espaço nem no tempo. Não o resolveu no espaço, pois fóra do seu dominio ficaram sempre rebeldes distantes, e fóra da sua obra de assimilação ficaram barbaros sem direitos; não o resolveu no tempo, pois que o grande colosso se desorganizou pelo enfraquecimento, pela divisão e pela invasão.

A divisão destacou os dois imperios do oriente e do occidente e a invasão, ao mesmo tempo que produziu a queda deste ultimo, operou a transição para a idade media, de cuja elaboração, dez vezes secular, nasceram as novas linguas, as novas literaturas, as novas nacionalidades e com estas a definição dos elementos constitutivos do direito internacional.

A idade antiga havia creado as duas forças de cuja combinação resultaria a formação deste direito, mas só soube aproximá-las pela absorpção da tendencia cosmopolita pela força nacional. Foi um exaggero rythmico, que ainda se repercutiu na idade media, mas que ali foi neutralizado por forças contrarias, até que afinal se produziu um estado medio de equilibrio e com este o apparecimento do direito internacional.

Vejamos, pois, como no processo historico da idade media se prepararam os elementos deste direito.

Semelhante investigação parte naturalmente do estudo dos elementos que, ao começar daquella idade historica, constituiram a base de toda a civilização europeia e de cuja acção mutua resultou o modo de ser das novas sociedades.

Esses elementos eram tres: o romano, o christão e o germanico. Cada um delles contribuiu 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. «Um outro factu, uma outra ideia, diz GUIZOT, sobreviveu igualmente. foi a ideia do Imperio, o nome do Imperador, a ideia da magestade imperial, dum poder absoluto, sagrado, ligado ao nome do Imperador» ¹. E esta ideia andava inherente á existencia duma legislação civil geral e commum 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 ².

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 ³.

¹ *Histoire de la civilisation en Europe*, Paris, 1872, pag. 49.

² JAMES BRYCE, *The holy roman empire*, 1875, pagg. 34 e segg.; BIROT, *Le Saint Empire*, Paris, 1903.

³ LAWRENCE, *ob. cit.*, pag. 32.

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*.

O imperio de Carlos Magno vae decaindo, mas os factos reveladores duma ideia de soberania universal continuam na afirmação 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, theoria de que Gregorio VII

¹ Nxs, *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.

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

Embora intensa e duradoira, foi comtudo 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,^{u/} 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 espirital-temporal antes do rompimento entre o sacerdocio e o imperio, ou mantendo-se nas pretensões encontradas da monarchia universal dos papas e da monarchia univer-

¹ BIROT, *ob. cit.*, pag. xv.

sal 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, a caracteristica, como dissemos, da segunda phase do periodo das origens.

O segundo factor da vida medieval foi o christianismo 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, o que tudo era adequado para produzir laços de solidariedade e de sympathia social. Esta solidariedade foi potencializada pelo movimento da christandade contra o islamismo nas cruzadas, tanto do occidente como do oriente, as quaes deram aos povos catholicos a consciencia da sua unidade moral, approximando-os uns dos outros e preparando assim as relações futuras.

Mas o christianismo encontrava-se já organizado numa grande sociedade com instituições proprias para exercer uma acção constante e com uma hierarchia definida para tornar essa acção energica e ordenada.

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. «Se a Igreja christã não tivesse existido, diz GUIZOT, o mundo inteiro teria sido entregue á pura força material. Só a Igreja exercia um poder moral»¹.

E esta influencia moral exercida pela Igreja concorreu para

¹ *Ob. cit.*, pagg. 56.

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 edade media é o papa o pacificador por excellencia, um arbitro das contendias entre os povos.

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

O terceiro factor do movimento social na edade media foi o elemento barbaro ou germanico. Deste factor derivou o sentimento do respeito da liberdade individual elevado ao extremo de quasi ser desconhecida, no periodo barbaro, a concepção do estado, razão por que as monarchias fundadas neste periodo foram inconsistentes e pouco duradoiras e se desinvolveu na Europa um estado social e politico inimigo de toda a concentração — a feudalidade.

O feudalismo, porém, se se manifestou na formação de soberanias territoriaes mais ou menos independentes de direito e exclusivas de facto, e porisso era a negação do direito internacional, teve o merito de conduzir á definição e á affirmacção duma ideia necessaria á constituição daquelle direito, a ideia do poder territorial soberano.

Sobre a base da soberania territorial, a evolução politica, reduzindo pouco e pouco as multiplices soberanias locaes, foi creando as nacionalidades e preparando a formação dos modernos estados europeus, as grandes individualidades do direito internacional.

Apurando as indicações que pudemos colher no periodo medieval, verificamos:

a) a semelhança de condições sociaes herdada da civilização

romana e ampliada pelo christianismo numa grande solidariedade dos povos europeus, que, pelo seu desinvolvimento 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) a decidida tendencia para a constituição de unidades nacionaes homogeneas com um poder unico e firme e com uma justiça organizada.

Todos estes elementos concorreram certamente para produzir a constituição do direito internacional. A semelhança de condições sociaes representava a homogeneidade de civilização em que deve assentar um regimen juridico subsistente de relações internacionaes e a solidariedade dos povos europeus constituia um meio evidente da sua approximação pacifica; as tendencias para a monarchia universal, que, quando realizadas, teriam impedido a formação do direito internacional, reduzidas ao dominio theorico, exerceram uma influencia bem-fazeja emquanto alimentaram a ideia duma intima approximação 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.

Vejamos agora qual o destino das tendencias que encontramos e onde conduziram a semelhança de condições sociaes e as influencias e relações reciprocas dos povos europeus.

11. Os novos estados constituiram-se definitivamente, as grandes invenções e as grandes descobertas multiplicaram os motivos da sua approximação, o commercio internacional creou a communhão dos seus interesses, a opinião geral e as obras dos publicistas iam indicando as vantagens do equilibrio paci-

fico dos estados independentes, formava-se em summa o conceito da existencia de direitos e deveres reciprocos entre os estados, independentemente da necessidade dum superior commum, dum estado universal, que regulasse 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 duradoira, 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 comunidade de feis independente do pontífice 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 um 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 lugar 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 que ahí foram votadas mostram que os mesmos estados procuraram desviar os obstaculos que se oppunham ao desinvolvimento duma sociedade internacional de coordenação e lançaram 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 independencia da acção dos estados, na direcção das relações exteriores, da influencia religiosa representada até ahí 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 Edad media. Este principio firmava-se na aspiração dos estados para a sua independencia politica e tornou-se effectivo mediante o systema do equilibrio politico, desinvolvido nos seculos xv e xvi e praticado sob a dupla fórma ou de resistencia commum dos estados contra as potencias que, pela sua grandeza, se tornavam perigosas para a independencia dos

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

outros povos, ou de equiponderação das forças politicas, isto é, da sua distribuição por maneira, que nenhum estado pudesse ameaçar a independencia ou os direitos dos outros estados, sem encontrar dum ou doutro lado uma resistencia efficaz 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, ao 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 possivel o alargamento da sociedade dos estados. Deve ligar-se tambem com o movimento da Reforma, que proclamou a liberdade de consciencia nas suas varias manifestações, já que a liberdade politica tem intimas ligações com a liberdade religiosa.

Producto final da evolução traduzida pelo tratado de Westphalia foi manifestamente a criação da comunidade internacional e a constituição regular do seu direito. É verdade que já anteriormente, e a partir designadamente dos principios do seculo xv, a ideia duma comunidade 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 comunidade, 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 commun; 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 a solidariedade dos seus interesses. Mas a solidariedade de interesses cria necessariamente a comunidade de funcções, e individualidades juridicas independentes e eguaes só numa sociedade regulada pelo direito podem exercer uma actividade commun.

Chegamos assim ao fim do periodo das origens, tendo observado, por meio da analyse historica, — a existencia duma força

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

nacional que impelle os povos por um caminho de conservação e de independência, — a existencia duma força parallela de expansão universal, que tende á aproximação dos estados, — e a tendencia final de ambas para se coordenarem na constituição dos estados europeus numa sociedade internacional fundada no duplo principio da autonomia e da solidariedade. Segue-se naturalmente o problema historico da verificação das bases sobre que tem assentado o trabalho dessa coordenação.

§ III

A organização ¹

(DESDE O TRATADO DE WESTPHALIA ATÉ Á ACTUALIDADE).

SUMMARIO : — 12. O equilibrio politico, como primeiro principio organizador da sociedade internacional, consagrado pelo congresso de Westphalia e expressamente formulado no congresso de Utrecht (1713). Persistencia daquelle principio como norma das relações internacionaes. — 13. A revolução franceza e a *Declaração do direito das gentes*. — 14. O congresso de Vienna (1815), o principio da legitimidade, a Santa Alliança, a Pentarchia e a politica de intervenção. — 15. A affirmação do principio das nacionalidades como principio supremo do systema internacional. Outros principios que com elle concorreram para caracterizar a nova phase do direito internacional. Seu significado scientifico e historico e seu valor como base da organização da sociedade internacional. — 16. As tendencias actuaes. Conclusão.

12. Uma vez reconhecida a independência e a egualdade juridica das nações e affirmada a reciprocidade de direitos e

¹ Além dos escriptores citados na primeira nota do § anterior, vid. FERRARI, *ob. cit.*; CATELLANI, *Revue de droit int. public*, 1901, pagg. 385 e

obrigações entre os estados nas suas relações de coexistencia e de cooperação, estavam lançados os fundamentos da sociedade internacional. Cumpre agora determinar os principios que tẽem presidido á sua organização.

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 principio do 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 fôrma 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 fôrma 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

segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pag. 40; Sr. ANTONIO VIANNA, *Apontamentos para a historia diplomatica contemporanea* (Lisboa, 1901).

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 entre 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.

Vejamos, porisso, onde se procurou o novo principio organizador.

13. O principio do equilibrio politico, embora geralmente

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.

reconhecido e proclamado até 1814 e ainda applicado em actos internacionaes posteriores, foi 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 apresentado por VOLNEY á Assembleia nacional em maio de 1790, e do projecto de *declaração do direito das gentes*

¹ *Eléments*, pag. 26.

apresentado por GRÉGOIRE á 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 franceza — que a nação franceza se impõe, desde este momento, a prohibição de empreender 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 esta frisante declaração — «declarando para este effeito a As-

¹ NYS, *Études*, 1, pag. 361.

sembleia nacional que a nação franceza renuncia a empreender 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 relatório sobre os principios das negociações entre os povos e semelhante decreto não tivesse sido executado, procurou preencher a falta daquelle relatório 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 attentat contre tous les autres. 16. Les lignes qui ont pour objet une guerre

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 inopportuno 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 acerca dos principios reguladores das relações internacionaes ⁴.

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 a declaração dos direitos do homem e como individualista fôra tambem accentuadamente toda a obra da revolução. O systema internacional devia assentar fundamentalmente sobre a independencia soberana dos estados e

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).

⁴ 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 *família humana*».

A revolução introduziu 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 do direito internacional, 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 opportunidade dos factos viria tornar effectivos mais tarde.

14. A intensa e a extensa lucta em que a revolução e as campanhas de Napoleão involucram 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 francesa.

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 Luis XVIII no anno seguinte.

Os soberanos alliados, que apenas faziam a declaração vaga de que se comprometiam a seguir na sua politica os principios da religião christã, concluíram em 1818 um verdadeiro tratado de alliança 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 alliança era salvaguardar os resultados consagrados pelo congresso de Vienna, defender as constituições monarchicas onde quer que ellas fossem comprometidas 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 representava 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.

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

A força podia deter momentaneamente a marcha dos acontecimentos, mas a energia da evolução havia de romper o obstaculo que lhe estorvava o natural movimento e, se a obra do congresso não estava de accordo com 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 as submeter, 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 os Estados Unidos considerariam perigosa para a sua paz e segurança toda a intervenção das potencias alliadas da Europa no continente americano 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 occupar em 1822 o ministerio dos negocios estrangeiros, reconhece officialmente 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 dos insurrectos. Todavia, a influencia da opinião publica, desinvolvida principalmente na Inglaterra, levou os governos europeus a tomar 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 reconhecer 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 francesa de 1830 dá um golpe profundo no principio da legitimidade, desthronando os Bourbons e proclamando rei a Luís Filippe; 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 Peninsula as monarchias constitucionaes contra os pretendentes legitimistas; a revolução francesa 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 diferentes 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 fórma duma monarchia burocratica (hoje *transformada* em monarchia *constitucional* mediante um *manifesto* recente do Czar determinado por um intenso movimento revolucionario começado durante a guerra russo-japonesa e continuado com crescente vigor depois da celebração da paz), e na Turquia, sob a fórma 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 Alliança ¹.

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 de raça, de lingua, de religião, de tradições, de costumes, de grau de civilização, em summa, a identidade de condições de existencia tem preparado e formado para a communidade de vida e de consciencia social,*

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

liga-se naturalmente ás proclamações da revolução franceza 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 na nação 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 balticas 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 internacional ¹, e, concorrentemente, constitue-se o systema doutrinal formulado brillantemente por MANCINI em 1851, e seguido por grande numero de internacionalistas, que proclama o principio das nacionalidades como base do systema internacional. Com razão, pois, se pode concluir, com DE MARTENS, que foi o principio das nacionalidades

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'ideale della pace*, pagg. 82 e segg.

que informou fundamentalmente as tendencias do direito internacional durante o seculo XIX e substituiu o artificial principio da legitimidade aceito pelo congresso de Vienna ¹.

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

Em primeiro lugar 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 das nações 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 problemns 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 comunidade 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, admitiu o sultão a participar das garantias do direito publico europeu. E esta innovação foi importantissima, pois representou o reconhecimento do principio de que a comunidade internacional assenta em bases de civilização e não em bases religiosas e de que, porisso, della podem fazer parte povos das religiões mais diffe-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pag. 194.

rentes, desde que o seu estado de civilização auctorize essa participação.

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

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 valor 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, enfim, uma nova fórmula 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 *systema* 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 congresso, este equilibrio rompeu-se no sentido de dar expansão ás tendencias das nacionalidades. Historicamente, foi, portanto, o principio das nacionalidades a manifestação da tendencia para eliminar o que havia de arbitrario na formação das unidades politicas constitutivas do systema internacional. *

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, um 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 naturalmente para um caminho diverso e levasse a basear em outros fundamentos a organização da sociedade internacional. Procuremos determinar o rumo dos factos e das ideias.

16. 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 estados encontraram-se no exercicio 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, litteraria e artistica, moedas, condição dos estrangeiros, execução de sentenças, commercio e navegação, extradição, occupação de territorios, suppressão do trafico, etc. ¹».

¹ *Ob. cit.*, pag. 25.

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

Os estados não se relacionaram por certo pelo facto da homogeneidade interna das suas condições de existencia, mas porque as necessidades da civilização os tornaram solidarios, nem procuraram regular as suas relações simplesmente porque eram autonomos, mas porque exerciam funções em commum e se tornava necessario dar regularidade organica ao exercicio dessas funções. A interdependencia foi o motivo das relações entre os estados, a comunidade de funções 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 *comunidade de funções entre elles existente* e proveniente da *interdependencia* em que a civilização os collocou ⁴.

E assim o direito internacional encontrava uma nova base — a necessidade de garantir a acção commum dos estados, e tinha de exercer uma nova função — coordenar em justa harmonia os interesses das differentes nações. Em vez duma simples lei de coexistencia de estados autonomos, tornou-se naturalmente um principio disciplinador da sua solidariedade funcional.

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 verda-

⁴ PILLET, *Revue de droit int. public* (ou *R. D. I. P.*), 1894, pagg. 2 e segg.; CATELLANI, *Revue cit.*, vol. II, pag. 405.

deiro 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*.

É bem certo, porém, que a evolução social se não opera sempre numa linha regular de desinvolvimento, mas soffre por vezes desvios rythmicos produzidos pela acção mal combinada das forças sociaes.

É o que se está dando com o novo modo de conceber a sociedade internacional, referindo-a á interdependencia dos estados e não á sua independencia, segundo o conceito da escola individualista e a theoria das nacionalidades.

Effectivamente o novo conceito tem sido aproveitado para limitar a liberdade dos estados menores no exercicio da sua soberania, em virtude da preponderante influencia que as grandes potencias europeias (Allemanha, Austria, França, Inglaterra, Italia e Russia) e os Estados Unidos da America têm exercido e ainda 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 arvorerem em órgãos representativos e protectores dos interesses superiores da humanidade é favorecida pela corrente da philosophia 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.

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

Dahi vem que o aspecto geral do mundo politico e a influencia que as ideias duma epoca sempre exercem na marcha dos acontecimentos, tẽem despertado fundados receios em alguns espiritos ácerca do futuro politico de muitos povos, diante do perigo de os estados fortes, na sua expansãõ, no seu progressivo dominio e nas suas tendencias imperialistas, darem o nome de missãõ de humanidade á usurpação violenta dos seus direitos.

Nem tudo, porém, são receios diante dos factos e das doutrinas.

Os factos mostram, com effeito, que uma grande força de opinião impelle os estados para o aperfeiçoamento da organização juridica da sociedade internacional sobre uma base de egualdade e de reciprocidade e que um grande trabalho de pacificação geral agita o espirito contemporaneo.

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 tẽem procurado formular *regras disciplinadoras das suas relações* e sancioná-las em *tratados geraes* que os mesmos estados assignem e ratifiquem, e bem assim na creação 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 dos estados e a que se dá geralmente o nome de *congressos* e *conferencias*, tẽem desempenhado na historia das relações internacionaes ou 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 *legisla-*

tivos, 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 internacionaes ¹ e ás precedencias diplomaticas ². Depois do congresso de Vienna cresce progressivamente o numero das assembleias diplomaticas *legislativas*, avultando pela sua importancia e pela sua significação a notavel *conferencia da paz* da Haya, de 1899, celebrada por iniciativa do czar Nicolau II e onde os plenipotenciarios de vinte e seis estados discutiram os meios de assegurar a paz e *humanizar* a guerra, assignaram tres convenções relativas á resolução pacifica dos conflictos internacionaes, ás leis e costumes da guerra terrestre e á adaptação á guerra maritima dos principios formulados pela conferencia de Genebra de 1864 para garantir a assistencia aos feridos nas guerras terrestres, e subscreverem tres declarações, referentes, a primeira, ao lançamento de projecteis por meio de balões ou por outros novos meios analogos, a segunda ao uso de projecteis que tenham por unico fim espalhar gazes

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).

asphyxiantes ou deleterios, e a terceira ao emprego de balas que se fragmentem ou achem facilmente dentro do corpo humano, 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 character contractual, mostra que essa 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 para a reunião proxima de novas conferencias destinadas ao exame e resolução das questões sobre que a conferencia não chegou a pronunciar-se; 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 uma consequencia natural da transformação operada nas assembleias diplomaticas no sentido de as adaptar á função de regular as relações pacificas, geraes e permanentes dos povos civilizados, desviando-as do seu primitivo exclusivismo de as-

sembleias 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 função 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 função determinada dentro da sociedade dos estados. Mas os povos civilizados levaram mais longe o seu trabalho de aperfeiçoamento da organização da sociedade por elles constituída 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 constituídas 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 *Unões internacionais* — associações de estados constituídas por meio de tratados e destinadas a dar unidade organica e funccional á realização de determinadas ordens de interesses communs desses estados mediante órgãos 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 uniões se refe-

rem, 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 commissões 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 commum accordo dos estados interessados, que é, por vezes, o ministro dos estrangeiros do estado séde do respectivo officio.

De character 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 firmeza nos costumes internacionaes, tornando-se sempre mais frequente o seu uso na resolução dos conflictos dos povos, b) que, de meramente *facultativa* e *reparadora* quando apenas apparecia como um meio de pacificação que os estados podiam

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.

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 celebração de tratados collectivos em que os estados reconhecem a excellencia da soluçõ arbitral ou se obrigam 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 da paz que, na convenção 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 convenção, ao qual os estados signatarios, e até os estados não signatarios em certos casos, podem entregar a resoluçõ dos seus conflictos, sendo ainda de notar que aquelle tribunal, que era meramente *facultativo* pela convenção de 1899, tende a tornar-se *obrigatorio* pelo compromisso assumido por diferentes estados em tratados de arbitragem de a elle submeterem a resoluçõ 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 ¹.

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

Ora a criação de instituições internacionaes de caracter deliberativo, administrativo e judiciario é já, por certo, uma segura indicação de que os estados civilizados tẽem 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 tratadõs que contẽem 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 intento de garantir efficazmente 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 commuidade 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 judiciaes, que decidem as controversias emergentes das relações a que ellas respeitam, o que lhes dá um evidente caracter 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 equalitaria, e portanto devem ser consideradas elemento valioso na determinação das tendencias da sociedade dos estados e como motivo de esperança diante dos receios que inspiram as tendencias imperialistas das grandes potencias ¹.

Ao lado das apontadas tendencias para a regularização juridica das relações dos povos, uma outra ordem de factos vem 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 extensa 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 aperfeiçoar a organização da sociedade internacional até ficar assegurada a maior paz pela maior justiça ².

Não faltam igualmente ensinamentos doutrinaes para legitimar esperanças de que nem tudo ha de ser violencia e oppressão no futuro politico dos estados menores.

Como a evolução organica, a evolução social vae fixando successivamente no organismo social os principios vitaes desinvolvidos nos diferentes estadios por elle percorridos. E um

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.

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

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, mas a sua coordenação cada vez mais perfeita num systema regular de relações pacificas de coexistencia e de cooperação.

Depois, o conceito das collectividades como realidades objectivas não pode levar ao menosprezo dos seus elementos individuais, 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 e dissolver todas as tendencias de concentração politica universal.

Uma nova reacção, porisso, se deve operar no sentido de equilibrar a força nacional com a força cosmopolita, por forma que cada estado possa exercer efficazmente a sua acção dentro da sociedade internacional e que todos ahi coexistam e coooperem 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 MÉRIGNIAC, 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 conjugação das differentes sociedades nacionaes, seguirá o processo evolutivo destas sociedades, as quaes, no dizer de OLIVEIRA

¹ *Ob. cit.*, pag. 77.

MARTINS, caminham movidas por uma gravitação que se chama egualdade¹, a tendencia suprema do desinvolvimento historico das sociedades humanas².

§ IV

A elaboração doutrinal³

SUMMARIO: — 17. O trabalho scientifico na formação do direito internacional. — 18. Periodo de elaboração fragmentaria. — 19. Periodo de organização. — Primeira phase — escola do direito natural. — 20. Segunda phase — escola historico-prática ou o predominio das tendencias positivas. — 21. Terceira phase — escola do positivismo critico ou a approximação entre os dados da experiencia e as especulações philosophicas. — 22. Correntes doutrinaes sobre a situação dos estados dentro da sociedade internacional. Os principios da dependencia, da independencia e da interdependencia. — 23. Conclusões.

17. O direito internacional nasceu da necessidade de regular as relações entre os povos e revestiu objectivamente a

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

² CATELLANI, *Rev. cit.*, pag. 585.

³ 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.); WESTARLE, *Droit international*, trad. de NYS, pagg. 19 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 198 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 26 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*, pagg. 213 e segg.; BARTHÉLEMY, NIZARD, ROLLAD, etc., *Les fondateurs du droit international*, Paris, 1904; BIGLIATI, *ob. cit.*, pagg. 295 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 92 e segg.; CALVO, *Le droit international*, tom. I, pagg. 1 e segg.; etc.

fôrma 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 tõem 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 função investigadora das regras de conducta reciproca dos estados tendeu naturalmente a incorporar-se num órgão 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 disciplina scientifica — 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 internacional e procurando a formula da sua satisfação, tem sido um factor apreciavel da formação historica do direito internacional e, na falta dum legislador commum que diete a lei aos estados e de textos positivos disciplinadores da sua acção reciproca, tem exercido uma verdadeira função dirigente desta reciprocidade. Daqui a necessidade de determinar os traços geraes da sua evolução e as tendencias em que se affirma no espirito contemporaneo.

A vida scientifica do direito internacional, como a vida real dèste direito, tem percorrido dois periodos, ligados evolutiva-

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

mente mas com caracteres differenciaes que permittem distinguí-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 aproximados, depurados e systematicamente ordenados.

Com effeito, 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 auctores que incidentalmente 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 ás questões dessa regulamentação, até que appareceu quem as tratasse de modo independente e procurasse systematizar os seus principios reguladores. É o que ensinam os factos. Estudemo-los ¹.

18. 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. Assim, ISIDORO DE SEVILHA, que escreveu no principio do seculo VII, no livro V das suas *Etymologiae*, uma especie de encyclopedia em que está resumida toda a sciencia da epoca, divide o direito em *jus naturale*, *jus civile* e *jus gentium*,

¹ GEMMA, *ob. cit.*, pagg. 9 e segg.

e, pela descripção que faz deste ultimo, vê-se que o concebia como um direito regulador das relações entre os estados, já que nelle incluia o estudo da guerra, das treguas, da paz, das alianças, da occupação de territorios, da inviolabilidade dos embaixadores, etc. ¹, assim como, pelo modo como desinvolve o seu pensamento, falando, por exemplo, da justiça na guerra e das formas a observar no curso das hostilidades, mostra que começava a dominar os espiritos a ideia de regular por um modo justo as relações dos povos. A definição do *jus gentium* de ISIDORO DE SEVILHA passou das *Etymologiae* para o Decreto de Graciano e foi, na segunda metade da idade media, objecto de multiplices explicações, o que revela claramente, nota GEMMA ², que, nem mesmo na epoca que, mais ou menos justamente, continua a chamar-se de obscurantismo, os costumes internacionaes foram acceitos sem discussão e sem critica. Mas, ao lado dos commentadores do Decreto de Graciano, vão apparecendo outros escriptores que estudam problemas de direito internacional, sendo digno de menção S. THOMÁS D'AQUINO, o qual determina as bases do direito de guerra, affirmando que ella só é licita quando em defesa do estado e do bem commum, que nem tudo é permittido contra o inimigo e que o estado de guerra não desobriga do cumprimento dos pactos realizados e da fé promettida, até que a approximação internaional produzida pelas circumstancias que se conjugaram no começo da idade moderna fez recair demoradamente a attenção do espirito scientifico sobre as relações dos estados e o direito internacional recebeu uma formula doutrinal relati-

¹ Jus gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera, paces, induciae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita.

² *Ob. cit.*, pagg. 16 e 17.

vamente perfeita e conquistou os foros duma sciencia juridica independente.

Para este resultado contribuíram decididamente dois theologos hespanhoes, FRANCISCO DE VICTORIA (1480-1546) e FRANCISCO SUAREZ (1548-1616), que, embora 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 tẽem sido considerados como fundadores da nossa sciencia. VICTORIA, no seu livro *Relectiones 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 fórmula 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 encontram relacionados por direitos e deveres reciprocos e portanto numa situação de interdependencia juridica. A organização internacional concebida por VICTORIA excedia os limites da christianidade, 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 juridica internacional, a ideia da interdependencia 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 afirma tambem que os principios acceitos pela maior parte da humanidade se impõem á minoria que pretende rejeitá-los ¹. 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 ², que mostram bem nitidamente que SUAREZ tinha ideias claras acerca dum direito regulador das relações dos povos baseado na existencia duma sociedade dos estados e na natural interdependencia 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.

² Ratio hujus juris est, quia humanum genus, quamvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem, non solum especificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturale praeceptum mutui amoris et misericordiae, quod ad omnes extenditur, etiam extraneos et cujuscumque nationis. Qua propter licet unaquaeque civitas perfecta, respublica aut regnum, sit in se communitas perfecta et suis membris constans, nihilominus quaelibet illarum est etiam membrum aliquo modo hujus universi, prout genus humanum spectat. Nunquam enim illae communitates adeo sunt sibi sufficientes sigillatim, quin indigeant aliquo mutuo juvamine et societate ac communicatione interdum ad melius esse majoremque utilitatem, interdum vero et ob moralem necessitatem. Hac ergo ratione indigent aliquo jure quo dirigantur et recte ordinentur in hoc genere communicationis et societatis. Et quamvis magna ex parte hoc fiat per rationem naturalem, non tamen sufficienter et immediate quoad omnia: ideoque specialia jura potuerunt usu earumdem gentium introduci.

timento das nações revelado nos usos e praticas internacionaes ¹.

A actividade scientifica, em summa, vae augmentando sempre e por toda a parte e, diz RIVIER, no seculo XVI e no primeiro quartel do seculo XVII, as monographias multiplicam-se dum modo surprehendente e 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 á monographia fragmentaria se substituíssem tratados em que os problemas do direito internacional fossem reunidos num systema regular.

Este trabalho foi começado pelo jurisconsulto 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.

19. A organização doutrinal do direito internacional tem assentado, no seu desinvolvimento historico, em bases diversas, segundo os principios a que os seus cultores subordinam a solução dos problemas relativos ás relações entre os estados. Procuraremos, porisso, esboçar os traços geraes da evolução por ella percorrida desde os seus fundadores ate ás mais recentes tendencias.

ALBERICO GENTILE (1552 a 1608) em varios trabalhos, mas

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.

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 comunidade 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 cujos interesses são solidarios porque são interesses 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. Comtudo, 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 um simples subsidio que auxilie o trabalho racional e não como um imperativo que não permitta o desvio dos principios 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 GROCIO (1583-1645) que veio dar fôrma verdadeiramente scientifica ao direito internacional no seu notavel trabalho — *De jure belli ac pacis*, publicado em 1625 ².

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

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

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 idade 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 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 salvar o bem dos subditos, 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 commuidade 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 homens. 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 do *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 também de considerações de utilidade e do consentimento das nações. Existe, pois, um direito das gentes voluntário, 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 voluntário ou positivo. Contudo, o direito natural é sempre a base, os seus preceitos não podem ser contradictados pelo direito voluntário, pelo quê, 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 largamente commentado, deu logar á creação de cadeiras especiaes, nas universidades alemãs, destinadas á sua explicação e iniciou um decidido movimento scientifico na cultura da nossa sciencia¹. 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 ahí tem feito»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 insuflam o sopro da vida e porisso merecem o titulo de fundadores»³.

GROCIO, embora subordinado ao direito natural, admittia a

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

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

³ *Le droit international*, pagg. 233.

existencia dum direito internacional positivo resultante do consentimento dos povos, o que, até certo ponto, já era tambem admittido por VICTORIA, SUAREZ e GENTILE, e dahi partiram duas correntes, que, afastadas ou approximadas, tõem 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 e das nações.

Esta corrente, ligada evidentemente com o predominio dado por GROCIO ao direito natural, foi desinvolvida e levada ao extremo por PUFENDORF ¹ e THOMASIVS ² e foi continuada e modificada por WOLF ³ e VATTEL ⁴.

PUFENDORF (1632-1694) e o seu discipulo 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 discipulo 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*

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.

gentium naturale, o *jus gentium voluntarium*, o *jus gentium pactitium* e o *jus gentium consuetudinarium*, o primeiro imposto pela propria natureza humana, o segundo resultante da reunião das nações em uma grande commuidade, *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, d'elle 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.

20. 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 do seculo XVIII, entre os quaes sobressaem MABLY e MOSER, pela formação da *escola positivista* ou *historico-pratica*.

ZOUCH, escriptor inglês do seculo XVII¹ (1590-1660), deu,

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

como VICTORIA, ao direito internacional a designação de *jus inter gentes* e accentuou o seu character 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. É de notar neste escriptor — o facto de procurar a base da sua doutrina em dados positivos tanto historicos como da vida internacional do seu tempo — e o systema adoptado na exposição das materias, que era semelhante ao do direito privado romano: *status, dominium, debitum, delictum*.

Á mesma tendencia positivista obedeceu RACHEL¹ (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 internacional 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, po-

¹ *De jure naturae et gentium*, 1676.

² *Droit public de l'Europe*, 1747.

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

rém, 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 BYNKERSHOEK ¹. Delle partiu a primeira tentativa de união entre a escola positiva e a escola philosophica, tentativa manifesta na sua theoria acerca das fontes do direito internacional, pois que elle 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.

21. A escola idealista privara a sciencia do direito internacional da base positiva da realidade, e a escola historico-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 apriorístico da razão natural, que os formule independentemente de quaesquer dados experimentaes, ou repre-

¹ *De foro legatarum*, 1727 e *Quaestiones juris publici*, 1737.

sentam um resultado da convivencia dos estados civilizados e constituem a condigão da normalidade da sua coexistencia e cooperação. Um producto hybridado dos dois factores antitéticos, como os considerava o systema eclecticico, não podem ser evidentemente. O eclecticismo 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, nos tratados e nos exemplos historicos, 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 as modificações a introduzir na disciplina juridica das relações internacionaes.

Foi neste segundo sentido que se rompeu o equilibrio eclecticico, pois, á parte algum discipulo retardatario da escola do direito natural, os modernos escriptores baseiam os seus sistemas 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 moderne 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 pelos 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 modificações que essa evolução pode determinar nas relações internacionaes. 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 internacional ¹. Foi de accordo com este criterio que os internacionalistas do seculo XIX cultivaram aquella sciencia, podendo, no seu ultimo quartel, FREDERICO DE MARTENS ², professor actual da Universidade de S. Petersburgo, escrever com verdade as seguintes palavras: «Os representantes da sciencia do direito internacional nos tempos

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

² Dada a semelhança dos dois nomes, devemos advertir que a citação abreviada DE MARTENS se refere ao professor russo.

modernos não têm senão um fim: estabelecer nitidamente os principios juridicos positivos que devem dirigir as relações entre os estados, consultando não só a historia, as circumstancias materiaes, as condições reaes, mas ainda as exigencias da verdade scientifica e o sentimento do direito que predomina no mundo civilizado» ¹.

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

Nem todos os escriptores, porém, têm comprehendido de modo egual 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 communidade internacional por maneira, que não seja sacrificada nenhuma das forças animadoras da vida internacional ².

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 perfeição, numa republica universal em que o dominio (*imperium*) sobre cada um dos estados pertencesse ao seu conjuncto ³. E de resto constitue ella a tendencia de todos os escriptores que

¹ *Ob. cit.*, pag. 201.

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

³ DE MARTENS, *ob. cit.*, pag. 209.

consideraram como o melhor ideal da paz a organização da humanidade numa só unidade politica. E, em verdade, a formação dum estado poderoso que eliminasse, pela sua supremacia, as divergencias locais e abafasse os conflictos entre os diferentes grupos sociaes seria, quando possível, um meio efficaz de subordinar as unidades nacionaes ao interesse geral da collectividade internacional ¹.

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 e constitue-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 MARTENS ², — que cada um dos estados 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 estado ³.

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 ten-

¹ SIOTTO-PINTOR, *ob. cit.*, pagg. 23 e segg.

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

³ CATELLANI, *ob. cit.*, pag. 405.

dencias 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 menosprezando 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 affirmar 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 seeulo 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.

¹ *Ob. e log. cit.*

Assim pensam F. DE MARTENS ¹, LORIMER ², HOLTZENDORFF ³, PILLET ⁴, DESPAGNET ⁵, LAPRADELLE ⁶, e outros ⁷, os quaes baseiam o direito internacional na communidade 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 communidade 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 *communidade internacional* e não sobre a soberania dos estados. A communidade 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 realisação da ideia da communidade internacional constitue o direito da communidade internacional. É propriamente o direito internacional» ⁸.

PILLET, através duma analyse profunda das relações dos estados que vivem em communidade internacional, verificou

¹ *Ob. cit.*, pagg. 265 e segg.

² *Principes de droit international*, trad. de Nys, pag. 11.

³ *Introduction*, pagg. 30 a 42.

⁴ *R. D. I. P.*, 1894, pagg. 1 e segg., e 1898, pagg. 66 e segg.

⁵ *Ob. cit.*, pagg. 4 e 47.

⁶ *R. D. I. P.*, 1901, pagg. 272 e segg.

⁷ Vid. BIGLIATI, *ob. cit.*, pagg. 309 e segg.

⁸ *Ob. cit.*, pag. 266.

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 cumprimento das obrigações internacionaes para poderem obter o reconhecimento por parte dos outros estados, o reconhecimento que é a *naturalização* na sociedade internacional e que seria recusado a um governo que não desse garantias de cumprimento dos deveres internacionaes ou que pelo seu character anarchico compromettesse a segurança dos estados vizinhos, b) nem no exercicio do poder legislativo, pois não impõe todas as suas leis aos estrangeiros, antes reconhece e cumpre 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 deve determinar com precisão a medida das obrigações internacionaes e só depois fixar o grau de competencia 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 interesses communs da sociedade das nações. E, porque assim é, depois de mostrar como a civilização tem limitado a independencia dos individuos e dos estados, adcrevendo 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 aperfeigoa, quanto mais a interdependencia se torna constante e pesada. Tanto uns como os

outros só pela alienação da sua liberdade participam dos benefícios da civilização. Mas não será um benefício esta alienação necessaria da liberdade? A liberdade só tem valor quando permite ao homem desinvolver melhor as suas faculdades... Enquanto, pois, uma limitação da liberdade tem como effeito favorecer o desinvolvimento da actividade individual ou nacional, pode dizer-se que semelhante limitação é boa, util á causa mesma da liberdade. A este 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 bem¹.

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 caracter 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

¹ *R. D. I. P.*, 1898, pag. 89.

direito internacional da abstenção á acção, da separação á assistência, e receberá da questão chinesa um efficaz impulso, emquanto por seu turno facilitará o exito europeu em tão alta questão ¹.

É, pois, certo que a orientação do pensamento contemporaneo se tem definido no sentido duma coordenação dos differentes estados dentro da sociedade internacional em termos taes, que todos se considerem juridicamente eguaes numa fatal dependencia reciproca, o que tudo se traduz nitidamente na ideia de 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, — MÉRIGNHAC, 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 commuidade 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 ².

¹ R. D. I. P., 1901, pagg. 335 e segg.

² Rev. cit., pagg. 411 e 413; MÉRIGNHAC, ob. cit., pag. 221.

23. Percorrido, embora com muita precipitação, o estudo da evolução do direito internacional, 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 evolução das sociedades e na marcha do pensamento scientifico quanto á organização da sociedade internacional e á função do seu direito regulador.

Ainda que por um caminho accidentado de desvios e dificultado por attrictos historicos, as sociedades humanas têm seguido uma linha de approximação progressiva e constituído 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; comtudo, 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, formando-se o direito internacional, cuja função 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 para a mesma balisa.

Ao pensamento subordinador de WOLF contrapõe-se o con-

ceito isolador de VATEL, 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 função positiva disciplinadora da cooperação e da assistencia internacional.

CAPITULO II

Principios fundamentaes

§ I

Fundamento e natureza do direito internacional ¹

SUMMARY: — 24. Genese natural do direito internacional. Sua base scientifica e função sociologica. — 25. Natureza positiva do direito internacional. Significado e valor do direito internacional scientifico. — 26. Natureza *juridica* do direito internacional. Referência das razões adduzidas contra a sua existencia scientifica. — 27. O direito internacional e a falta dum poder legislativo que o declare. — 28. O direito internacional e a falta dum tribunal que o interprete e applique. — 29. O direito internacional e a falta duma sanção que lhe dé efficacia pratica. — 30. Solução final do problema.

24. As breves investigações historicas que temos feito são decisivas para a determinação da genese do direito interna-

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. 36 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 caratteri differenziali della moralità e del diritto*, Verona, 1901, pagg. 221 e segg., e *Il problema del fondamento intrinseco del diritto*, Torino, 1905; etc.

cional. Foi elle um producto da approximação gradual dos estados no movimento de civilização que pouco e pouco os relacionou, tornou cada vez mais intensa a sua influencia reciproca, apertou sempre a communhão dos seus interesses, os conduziu ao exercicio em commum de uma actividade progressivamente maior, os constituiu, enfim, em sociedade internacional, dentro da qual coexistem e cooperam na realização do seu destino.

Com effeito, do isolamento hostile, que era a lei das sociedades primitivas, seguiu a humanidade num processo progressivo de approximação pacifica para a constituição da sociedade internacional, em que hoje vivem os estados. A interdependencia crescente destes creou entre si relações permanentes e normaes, e estas relações assumiram o character de condições necessarias da conservação e do desinvolvimento das nações e os povos procuraram espontaneamente adaptar-se ao novo modo de ser da sua existencia historica e chegaram naturalmente a normalizar a sua conducta reciproca por fórma, que pudessem exercer efficazmente as suas funções communs. E conseguiram este resultado subordinando a sua actividade a principios communs e obrigatorios para todos e que todos cumpriram para haver regularidade funcional no organismo internacional.

E, assim, os estados approximaram-se, relacionaram-se, disciplinaram as suas relações, crearam um conjuncto de normas reguladoras da sua actividade commum, convenceram-se de que o seu cumprimento obrigatorio era uma necessidade da sua existencia, e de tudo isto resultou a formação historica do direito internacional como força organizadora da sociedade das nações.

O direito internacional encontra, pois, uma base scientifica perfeitamente definida, qual é, no dizer de BONFILS, o facto innegavel e necessario duma comunidade duradoira e juri-

dicamente reconhecida existente entre os estados que attingiram ou excederam um certo grau de civilização ¹.

A sua função geral também se depreheende claramente da historia das relações internacionaes. A humanidade dividiu-se naturalmente em nações distinctas, que tendem a approximar-se sem se observarem e a cooperar sem se subordinarem, e porisso a disciplina da sua conducta, ou a função do direito internacional, deve consistir na coordenação regular dos interesses de cada uma com os interesses geraes da comunidade internacional.

«O facto e o direito da individualidade nacional, escreve HOLTZENDOREFF, numa reunião de muitos estados autonomos coexistentes e o facto e o direito das relações que unem estes estados sob o ponto de vista da communhão das ideias, das necessidades, dos interesses e das tendencias, constituem o ponto de partida do direito internacional positivo e do direito internacional philosophico» ².

25. 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, pois, regras positivas, porque são apoiadas nos factos da vida internacional, um resultado da coexistencia e da cooperação dos estados, e não uma derivação de

¹ *Ob. cit.*, pag. 5.

² *Ob. cit.*, pag. 40.

simples abstracções de qualquer philosopho ou doutrinario. Existem porque os factos as determinam e a consciencia commum sente e reconhece a sua necessidade, e não porque a razão especulativa as crie arbitrariamente e os povos depois as sigam cegamente. Ainda os philosophos não tinham construido systema algum de organização das relações internaciaes 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 relações ¹. 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 revestia de excessivo, conduziu: á fixação do valor e do significado do direito internacional theorico e á determinação da verdadeira função 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 internacionalistas e prevaleceu por fim a ideia de que o direito

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).

internacional theorico já não podia ser uma concepção puramente racional e *a priori*, mas a systematização e a critica do 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, ségundo os conceitos que prevaleceram e hoje são correntes, a sciencia do direito internacional tem uma triplíce 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 communitade 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 effícaz acção dirigente e transformar-se-á num factor positivo do progresso das instituições do direito internacional ¹.

26. 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 ali se conserva pelo suffragio universal dos escriptores. Muitos lhe têm contestado a sua natureza juridica, vendo nelle apenas uma es-

¹ HOLTZENDORF, *Introduction*, pagg. 26 e 120; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 46.

pecie de moral das relações internacionaes e alguns têm proposto que se abandone a expressão incorrecta — direito internacional 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 «*Scienza 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 duvidosas 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 esta-

¹ WESTAKLE, *ob. cit.*, pag. 14.

² *Ob. cit.*, pag. 167.

dos, lhe imprima o cunho da sua auctoridade e formule com clareza um código internacional, pois que os mesmos estados não reconhecem um superior *commum* que exerça essas funções.

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

3.º) falta uma sanção jurídica, 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 jurídicos, 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 jurídica.

27. Como observação preliminar devemos dizer que as considerações deduzidas contra a existencia jurídica do direito internacional são derivadas duma apreciação empirica do direito na sua manifestação pratica e actual nos estados civilizados e revelam um desconhecimento evidente tanto da natureza intima do mesmo direito como dos differentes estadios da sua formação historica. Se não, analysemo-las.

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 fórmulas da sua manifestação, esquece a verdadeira função 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 desinvolvimento. 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 creação inconsciente de normas de conducta social, foi a primeira manifestação do direito, força insita de todas as sociedades, que regula e garante as condições necessarias á sua conservação e ao seu desinvolvimento. É porisso que o direito existe sempre que a consciencia collectiva 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.

Consequentemente, 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 desinvolvimento inferior relativamente ao direito nacional ¹.

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

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 tõem reunido em congressos e conferencias para definir os principios reguladores das suas relações, constantemente celebram tratados para regular os seus interesses communs ¹, e são já muitos os casos em que tem sido reconhecida expressamente pelos governos a existencia do direito internacional. 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 submeter, 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* ²; 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

¹ Supra, pagg. 56 e segg.

² BONFILS, *ob. cit.*, pag. 13; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 8 e segg.

justiça internacional ¹. Em outras conjuncturas ainda tem sido expressamente reconhecida a existencia do direito internacional pelos governos das nações, mas estes factos bastam para mostrar o estado da consciencia geral ácerca do problema. 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.

28. Depois da falta dum legislador, impressiona alguns espiritos a ausencia dum tribunal que applique o direito internacional.

Ainda o empirismo a escurecer a função 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, compenetrarmos-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 hábito e pela educação num

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

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 assentimento da sua necessidade, e não a existencia dum tribunal sentenciador na ordem internacional, é o que lhe confere a natureza dum direito positivo. E provas de clara adhesão já nós as encontramos 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 constituíram 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 internacional².

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

¹ *Ob. cit.*, pagg. 43 e 44; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 16 e segg.

² *Supra*, pagg. 60 e 61.

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 dos estados.

29. A falta duma sanção coactiva é, no pensar de muitos escriptores, HOBBS, PUFENDORF, SCHOPENHAUER, ARDIGÒ, AUSTIN, E. CIMBALI, GUMFLOWICS, LAGHI, LARSSON, SIOTTO-PINTOR, etc. ¹, a razão decisiva da inexistencia scientifica dum direito internacional. A sanção do poder é para elles o elemento característico 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 daquella sanção, não são preceitos juridicos, mas simples preceitos de ordem moral.

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

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

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

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

b) viram este no estado anormal da sua violação, em vez de o encararem no modo de ser regular da sua realização 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 sanção do poder á altura de elemento differencial e decisivo da existencia do direito, é adoptar um criterio empirico e superficial para a determinação da natureza do mesmo direito, pondo de parte a investigação scientifica da sua genese natural e da sua genese historica.

É commodo dizer que o direito existe quando uma sanção coactiva acompanha um preceito de conducta social, e o leguleio pratico, o jurisconsulto superficial, podem ficar satisfeitos com semelhante doutrina. Mas o critico, o homem de sciencia, o legislador, perguntam naturalmente quando e porque um preceito ha de ser revestido de sanção 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 naturaes, na sua conservação e no seu desinvolvimento 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 desinvolvem pela existencia dum certo numero de condições que

tornam possíveis as relações entre os individuos. O respeito mutuo da integridade physica do homem, o exercicio da actividade individual em ordem á adquisição dos meios de existencia, qualquer que tenha sido a fórma primitiva da organização da propriedade, o respeito da integridade moral quando o desinvolvimento psychologico tornou delicada a sensibilidade e a affronta injuriosa pareceu um factor de perturbação e desordem, a boa fé na realização dos contractos e o cumprimento integral das obrigações contractuaes quando a divisão do trabalho, a differenciação das culturas, a localização das diferentes 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 conservação 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 sanção 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 vitaes de existencia social se crearam preceitos de conducta de cumprimento obrigatorio e a sanção só tem naturalmente apparecido nos casos singulares de violação desses preceitos.

nff

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 só 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.

Consequentemente, 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 dos preceitos cujo cumprimento foi considerado necessario á conservação e ao desinvolvimento das sociedades. Um preceito é, pois, juridico desde que assegura uma condição de existencia considerada pela collectividade como indispensavel á vida social num determinado momento historico.

Basta, porisso, que a comunidade internacional seja considerada como uma condição 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 obligatorio para conservação e desinvolvimento do grau de civilização que já attingiram, tres condições 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 cien-

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

tifica do direito internacional foi a circumstancia de attenderem antes aos momentos anormais da violação do direito, e não preferirem encarar este na sua realização normal.

Effectivamente, quem se habituar a ver o direito nos litigios judiçarios, nas execuções forçadas, nas condemnações penaes, emfim, no systema de meios creados e empregados para triumphar 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 assente 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 sanção 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 ter 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

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

² BONFILS, *ob. cit.*, pag. 13.

perguntava aos allemães a quem faziam a guerra, se o imperio já tinha caído, lhe respondeu que os allemães faziam a guerra a Luís XIV!

Além disso, os estados que desejam fruir os beneficios resultantes da communitade internacional precisam evidentemente conservar-se nella e, portanto, cumprir os preceitos de direito sem os quaes semelhante communitade 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 allianças 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 sanção.

Por ultimo, o direito internacional encontra uma nova forma de sanção 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, enquanto 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 jurídica internacional.

Prenuncios da organização duma sanção 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 ilha ¹, 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 Pekin, perseguição que tambem determinou a intervenção diplomatica e armada das potencias «para reprimir, como nota WEISS, um attentado sem exemplo contra o direito das gentes ²». 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 sanção 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 sanção indirecta, só de per si, não representa um sanção 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 sanção directa são um signal evidente de

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

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 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.

30. 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, tanto hostile como pacifico, chegaram a um estado 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 assegurasse a persistencia regular da sociedade internacional.

Estes preceitos são evidentemente juridicos e positivos, pois foram creados para garantir uma condição vital dos povos modernos e assumiram na consciencia geral do mundo civili-

zado o character de normas imperativas da conducta reciproca dos estados. Não são preceitos indifferentes á conservação e ao desinvolvimento das sociedades modernas, mas necessarios 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 vigorzia 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 ¹. Pode e ha de 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.

É notavel o pensar de IHERING, um dos que mais valor dão á coacção como elemento do direito, quando afirma que o character juridico do direito internacional não poderia ser objecto duma duvida ², e são dignas de transcrever-se estas palavras de SAVIGNY: «Pode formar-se entre nações differentes 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

¹ CARNAZZA-AMARI, *ob. cit.*, vol. I, pagg. 127 e segg.

² *Zweck in Recht*, I, pag. 223.

um direito positivo, posto que seja uma formação jurídica ainda incompleta»¹.

Não é diferente a opinião de VANNI, que, no dizer de GRO-PALLI, 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 atingir o seu pleno desenvolvimento, representando, por isso, 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 os estados foram assumindo caracteres taes que já não é permittido confundí-las com a ethica»².

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

¹ *Système de droit romain*, vol. 1, § 11.

² *Gli studii di H. Sumner Maine*, pag. 72.

§ II

Modos de formação do direito internacional ¹

SUMMARIO : — 31. Caracter geral dos modos de formação do direito internacional. Sua classificação : — o costume e os tratados. — 32. *Costume*: noção e caracteres geraes. — 33. Importancia, vantagens e funcões do costume como modo de formação do direito internacional. — 34. Meios de verificar a existencia e o alcance do costume internacional. — 35. Extensão da força obrigatoria das regras consuetudinarias internacionacs. — 36. *Tratados*: noção e classificação mais geraes. *Tratado-contracto* e *tratado-accordo*; *tratados especiaes* e *tratados geraes* ou *collectivos*: seu valor relativo como fonte do direito internacional. — 37. *Tratados reguladores* de direitos e interesses e *tratados declaradores* de preceitos de direito internacional. — 38. Desenvolvimento progressivo do direito internacional convencional. — 39. Amplitude da força imperativa dos tratados. — 40. Os pretendidos modos de formação do direito internacional além do costume e dos tratados. Sua significação e valor. — 41. Comparação entre o costume e os tratados. A direcção seguida pela evolução formal do direito internacional.

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

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 247 e segg.; CALVO, *ob. cit.*, vol. 1, pagg. 134 e segg., e 158 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 79 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *Précis de droit international public*, vol. 1, pagg. 20 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 61 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 22 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. 1, pagg. 78 e segg.; RIVIER, *Principes de droit des gens*, vol. 1, pagg. 27 segg. LAWRENCE, *Principles*, pagg. 91 e segg.; LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Principios de direito internacional*, Rio de Janeiro, 1902 e 1903, tom. 1, pagg. 5 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 144 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 52 e segg.; MÉRIGNIAC, *ob. cit.*, pagg. 79 e segg.; ANZILOTTI, *ob. cit.*, pagg. 37 e segg.; etc.

na consciencia geral do mundo civilizado pelo assentimento commum em acceitar 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 vontade commum e esta não tem outros reveladores positivos alem da pratica consuetudinaria e da declaração expressa numa convenção formal.

32. 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, está constituído o costume, está formado um preceito de direito internacional consuetudinario.

A existencia do costume exige, pois, continuidade reciproca e generalidade reciproca 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 comunidade 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.

33. O costume internacional tem exercido uma função de-
veras importante na formação do direito internacional e apre-
senta qualidades que convem accentuar para bem medir o seu
valor como fonte deste direito.

A importancia da sua função 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 si-
tuação dos embaixadores, aos direitos dos soberanos em pais
estrangeiro, ao commercio maritimo internacional, ao direito
da guerra, á fórma externa dos actos juridicos, etc, são ou-
tras 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
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 inter-
nacional, 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

¹ *Ob. cit.*, pag. 149.

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 aperfeiçoando a vida das nações. Esta evolução progressiva opera-se mediante dois processos em que se realiza a função do costume: o processo da *creação* de preceitos juridicos novos, que võem 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.

34. A par com as suas reconhecidas vantagens, tem o costume o inconveniente da incerteza e da falta de precisão, sendo muitas vezes difficil provocar 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 obediencia 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 lugar, 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 papéis emitidos 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 países 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 diplomatica ¹.

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

35. 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

¹ DISPAGNET, *ob. cit.*, pag. 63; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 28; PRÉDILÈVRE, *ob. cit.*, pag. 22.

por qualquer modo reconhecerem a existencia 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 accета e formam a ordem juridica em que assenta a conservação da communitade internacional, a sua força imperativa estende-se a todos os estados que dessa communitade fazem parte e nella quèrem manter-se como meio indispensavel á sua conservação e ao seu desinvolvimento. É assim que, notam alguns escriptores ¹, os estados interiores devem respeitar o direito internacional marítimo e, quando um dia se tornem estados marítimos por um alargamento territorial ou por qualquer outra circumstancia, serão obrigados a cumprir os preceitos desse direito.

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

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 62; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 23.

² 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 1791 e continuado por muitos publicistas, em ultimo logar por SAMWER, HOF e STOERK, 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

Neste momento apenas consideramos os tratados como a fôrma do assentimento expresso dos estados para estabelecer preceitos reguladores das suas relações e porisso nos limitamos a esta noção geral: um tratado é o accordo expresso entre dois ou mais estados para determinar e regular as suas relações.

Umaz 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,

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.º 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 às 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. JUDGE BAKER 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 começou a publicar-se em 1890 e é destinada á compilação dos tratados, etc.

e destinando-se porisso 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 damnos, de delimitação de fronteiras, de servidões internacionaes, de cessão de territorios e quaesquer 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

posteriores a 1840. Ainda só foram publicados cinco volumes, que abrangem de 1840 a 1879.

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, pagina 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 (*bureau*) 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. 68; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 73).

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 possível o exercício 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 1886 respeitante á navegação do Congo e do Niger ¹, e o tratado de 29 de outubro de 1888 relativo á navegação do canal de Suez ²; os tratados respeitantes ao exercicio de direitos e deveres resultantes da constituição duma determinada fórma de garantia collectiva, como o tratado de Paris de 20 de novembro de 1815 relativo á garantia da neutralidade da Suissa ³ e o tratado de 18 de março de 1885 referente á garantia do emprestimo egypcio ⁴; e os tratados de constituição das uniões internacionaes administrativas, como a convenção de 17 de maio de 1865, hoje substituido pela convenção de 22 de

¹ Carta regia de 3 de setembro de 1885.

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

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

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

julho de 1875, referente á creação 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 creação 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 pela 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-acordo, 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 internacionais e são chamados pelos internacionalistas tratados *geraes*, a cujo numero pertencem, por exemplo: — a declaração de Paris de 16 de abril de 1856 sobre o direito marítimo inter

¹ *Supra*, pag. 60, notas 1 e 2.

nacional ¹, — a convenção de Genebra de 22 de agosto de 1864 relativa á assistencia aos feridos nas guerras terrestres, — a convenção da Haya de 29 de julho de 1899 que adaptou á guerra marítima os principios da convenção de Genebra ², — a convenção de S. Petersburgo de 11 de dezembro de 1868 relativa á prohibição das balas explosivas ³, — 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, tẽem sido assignados ou recebido a adhesão da quasi totalidade das nações ⁴.

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

Os tratados-contractos não formulam preceitos juridicos novos, limitando-se a applicar principios já estabelecidos. Todavia, porque suppõem e applicam principios geraes, concorrem efficazmente para a fixação do direito internacional, principalmente quando celebrados entre muitos estados em virtude do character 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.

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

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.

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 de direito internacional. E, 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 estatuidos. 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 geraes, que regulam de modo permanente certas relações internacionaes, como foram a declaração de Paris de 1856, a convenção de Genebra de 1864 e a convenção da Haya de 1899, e, principalmente, para for-

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

mar as grandes uniões internacionaes, 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 internacionaes e conduzem os estados para um regimen de cooperação largamente convencional.

37. Ao lado da differença entre tratados-contractos 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 igualmente importante relativamente á formação do direito internacional, qual é 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 função persistiu, ainda hoje continua e sempre será desempenhada pelas convenções internacionaes. Definindo direitos ou regulando interesses, os tratados constituem *lei* para as partes contractantes, e, quando regulam 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 character accentua-se quando o vinculo contractual se estabelece entre numerosos estados, pois que o preceito já tem uma acção mais extensa e já disciplina 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 de-finem 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 tambem *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 maritimo, — 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 principios ácerca das leis e costumes da guerra e estabelecendo regras relativamente á solução pacifica dos conflictos internacionaes e respeitantes particularmente á arbitragem inter-

nacional,—finalmente, as convenções 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 concluidos 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 tacitamente os accetassem. São tratados de character *legislativo* immediato tendentes a disciplinar juridicamente a conducta dos estados na ordem internacional.

38. O estudo das relações contractuaes dos estados mostra, pois, que o regimen dos tratados tem percorrido tres phases characteristics, de interesse desigual pelo que respeita á formação do direito internacional, embora egualmente interessantes relativamente ao desinvolvimento 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 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 primi-

¹ *R. D. I.*, tom. xxv, pag. 521, xxvi, pag. 394, xxviii, pag. 573, xxxiv, pag. 485 e xxxvi, pag. 516 e segg; *Revue de droit int. privé et de droit pénal international*, vol. 1, 1905, pagg. 781 e segg.; Carta regia de 28 de julho de 1898.

tiva funcção 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 (*bureaux*) internacionaes, que tõem a sua séde em Berne (União postal, telegraphica, ferro-viaria e de protecção da propriedade industrial, litteraria 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 constitucional. 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 clara revelação da cada vez mais intensa *união juridica* dos estados que vivem em comunidade internacional.

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

² *Rev. cit.*, pag. 399.

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.

39. 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, absolutamente essencial, 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 contudo, 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 contractantes ¹.

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

O mesmo já não pode dizer-se dos estados que se conservam estranhos aos tratados, não os assignando nem adherindo

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 65 e 210; DE MARTENS, *N. R. G. T.*, 1.ª série, vol. XVIII, pagg. 278 e 303.

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 expressa ou tacitamente acceitam a situação por elles creada. E isto dá-se tanto com os tratados especiaes como com os tratados geraes. Ainda que estes últimos sejam concluídos 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 suppressão do curso, consagrada na declaração de Paris de 1656 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 países se recusaram a reconhecê-la.

É de notar, todavia, que alguns escriptores, e entre elles BLUNTSCHLI ¹, intendem que as resoluções dum congresso geral dos estados são obsigatorias 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 um principio consuetudinario e as suas resoluções impõem-se

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

a todos os estados que quiserem viver na sociedade internacional, não propriamente por força do tratado, mas por serem a manifestação da consciencia juridica *commun* em que assenta o concerto dos estados ¹.

40. Alguns escriptorès alargaram o quadro dos modos de formação do direito internacional, fazendo ali entrar outras fontes alem do costume e dos tratados. Indiquemos, porisso, as novas fontes apontadas por esses escriptores e verifiquemos a legitimidade com que ellas são collocadas ao lado das que temos estudado.

a) *Reconhecimento*. — HOLTZENDORFF indica como fonte primaria do direito internacional o *reconhecimento* mutuo dos estados como membros duma sociedade regulada pelo direito, o seu *communis consensus*, a sua *consciencia juridica concordante*, reconhecimento, consensus, consciencia por que mesmos estados se consideram reciprocamente como pessoas juridicas ou como sujeitos de direito dentro da comunidade internacional e aceitam e cumprem preceitos obrigatorios *commun* reguladores desta comunidade 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 aceitarem o regimen de mutualidade de direitos e obrigações indispensavel á manutenção daquella sociedade.

Assim considerado, porém, o reconhecimento não é claramente uma fonte, um modo especial de formação do direito internacional. É a razão da existencia desse direito, a manifestação da consciencia juridica *commun*, e, portanto, a base po-

¹ HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 103 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 65; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 24.

sitiva de todos os preceitos do mesmo direito, o qual encontra no costume e nos tratados os seus meios de revelação. O costume e os tratados, enquanto traduzem o assentimento dos povos civilizados a preceitos obrigatorios communs, presumem, com effeito, o reconhecimento, que, em vez duma fonte do direito internacional, constitue o seu verdadeiro fundamento.

b) *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 immunidades 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 princípios 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 character internacional ¹.

c) *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

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

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 estabelecidos, 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 commissões 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 criam ¹. 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.

d) Actos diplomaticos, historia, e sciencia do direito internacional. — Não é raro ver considerar estes elementos como fontes do direito internacional. No entanto, ainda aqui nos parece que é sem fundamento que assim se pensa.

Os actos diplomaticos apenas dão conta de como os estados

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 66.

se conduzem nas suas relações, revelam em que elles contribuem para a formação dos usos internacionaes e como preparam a realização dos tratados. Porisso, se é util conhecê-los e estudá-los para determinar a existencia e o alcance do costume e interpretar as clausulas dos tratados, não podem claramente ser tomados como factos geradores do direito commum dos estados.

A historia geral e a historia das relações internacionaes têm um valor semelhante ao dos actos diplomaticos. Ensinam a conhecer o pensar dos povos, revelam as tendencias da vida internacional e habilitam a comprehender as manifestações da consciencia geral do mundo civilizado quanto á fixação dos preceitos de conducta dos estados. São o registo dos usos internacionaes e um guia precioso para intender os tratados, uma fonte do conhecimento, e não uma fonte de formação do direito internacional.

A sciencia do direito internacional e os trabalhos dos grandes internacionalistas exercem por certo uma função importantissima na elaboração progressiva do direito internacional, enquanto 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, PHILLIMORE, LORIMER, TWISS, HALL, LAWRENCE, FIORE, SANDONA, MAMIANI, CARNAZZA-AMARI, PIERANTONI, CATELLANI, DE MARTENS, WHEATON, BEACH, HALLECK, FIELD, WOOLSEY, CALVO ¹, etc., será sempre um recurso indispensavel para o conhecimento consciencioso e para a segura solução dos problemas relativos ao regimen juridico das relações inter-

¹ BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 68 e segg.; DESPAGNET, *cit.*, pag. 31 e segg.

nacionaes. Todavia, nem a sciencia é um codigo das nações, nem os grandes internacionalistas são juriconsultos diplomados com o poder de dar ás suas opiniões o valor de preceitos 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 do direito internacional que merecem este nome. As outras pretensas fontes 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.

41. Determinado que os costumes e os tratados são os verdadeiros modos de formação do direito internacional, faremos agora a sua comparação doutrinal e historica, para medirmos o seu valor relativo e determinarmos as tendencias da evolução formal daquelle direito.

O costume é uma formação espontanea da consciencia common do mundo civilizado e porisso 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 reciprocamente 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 desinvolver na ordem internacional.

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

O direito nacional, começando por se affirmar nos usos e

costumes dos povos, foi a principio exclusivamente consuetudinário. 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 jurisperito 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 lei ¹.

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 concluídos entre muitas nações e chegaram a definir principios geraes para regular no futuro relações internacionais. Por ultimo, vieram os tratados geraes, celebrados por um grande numero de estado e cujo objecto não é regular interesses exclusivos desses estados, mas interesses geraes de todos os estados civilizados, para o que estabelecem regras de conducta bastante amplas para disciplinarem as relações internacionaes relativas a esses interesses. E os tratados geraes encontram a sua expressão suprema 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

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

internacional, que revestem o caracter 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, diminue successivamente, ao passo que o das regras explicitamente codificadas tem vindo sempre augmentando. E, entre estas ultimas, as regras codificadas por convenções bilateraes tẽem 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 caracter largamente convencional. Assim os tratados se baseiem sempre nos interesses geraes da commuidade internacional e vinculem cada vez mais as relações de solidariedade entre os estados.

§ III

Codificação do direito internacional ¹

SUMMARY : — 42. Origem do problema da codificação do direito internacional. Desenvolvimento progressivo das tendencias de codificação. — 43. Discussão do problema. Dificuldades e inconvenientes duma codificação completa. — 44. A codificação parcial e progressiva apoiada nos factos e suffragada pela doutrina. — 45. O melhor processo para realizar a codificação. — 46. A revisão periodica como meio de accomodar a codificação ás necessidades variaveis da vida internacional.

42. 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 circumstancias 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., e *Éléments*, pagg. 52 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 890 e segg.; CASANOVA, *Diritto internazionale*, pagg. CXXVIII e segg.; PRÉDILÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 29 e segg.; RIVIER, *Principes*, vol. I, pagg. 38 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, 3.^a ed., pagg. 76 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 marítimo 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 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, a corrente dos seus partidarios foi engrossando, apparecendo successivamente nos differentes paizes 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 fez saír 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*, instruções que foram revistas por uma comissão de officiaes e ratificadas pelo presidente Lincoln ¹; em 1868 sae da penna de BLUNTSCHLI o notavel trabalho *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 internacionalistas; 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 collectivo, sendo creados em diversos paises 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 concurso 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 *Anuario*, cuja collecção 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 codigo de direito internacional, o projecto, em 19 artigos, do titulo preliminar e do titulo primeiro do codigo internacional, os quaes foram approvados pelo congresso quasi integralmente ¹; 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 juriconsultos 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.

43. 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 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 deixar de assentar no accordo mutuo dos estados, seria um ensejo para ir harmonizando a conducta dos mesmos estados nos diferentes 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 fórmula mais ou menos radical, foi esta impugnada por muitos escriptores.

A alguns anteolhou-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 codigo que, approved 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, supportaria 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 platonica, 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 BULMERING, 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 código 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.

44. Os factos mostram que os estados civilizados tẽem 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 gradação dos enviados internacionaes; os tratados de Vienna de 1815, de Paris de 1856, de Manheim 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 Haya 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. CXLXI.

emprego de balas explosivas; as convenções que crearam as grandes uniões internacionaes, telegraphica, postal, 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 17 de 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 guerra ¹; etc. Estes e ainda outros factos mostram á 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 possivel 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 possivel 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 acre-

¹ *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.

ditada na doutrina. Subscrevemos as razões que justificam a codificação, enquanto ella precisa o direito, faculta 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 internacional, 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 effecto, 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 cumpri-los-ão espontaneamente e nos restantes lembrar-se-ão das fórmulas de sancção que em outro logar apontamos.

E, para finalizar, não julgamos indifferente recordar o que já dissemos acerca da evolução formal do direito em geral e do direito internacional em particular. Essa evolução appareceu-nos denominada 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 character 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.

45. Aceito 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 reguladores 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 juriconsultos 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 diferentes ordens das suas relações. Mas, porque se trata de regular e coordenar interesses de diferentes 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 juriconsultos 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, HOLTZENDORF 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 diferentes sessões, ao mesmo tempo que reúne juricon-

sultos 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 influíram 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.

Á 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 commuidade 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 póde verificar-se por meio dum tratado geral, que seja assignado ou accedido pelos mesmos estados.

46. O destino da codificação internacional ó semelhante ao das codificações nacionaes, consistindo em dar precisão e clareza aos preceitos juridicos, não por uma fixação definitiva ou como que numa crystallização immutavel, mas numa formula cuja duração ha de ser determinada pela maior ou menor per-

manencia das circumstancias que presidem á formação do direito.

Porisso, quando essas circumstancias 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 circumstancias, 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 tẽem 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: — 47. O direito internacional e o direito nacional. — 48. O direito internacional e a moral das nações. — 49. O direito internacional e a *comitas gentium*. — 50. O direito internacional e a politica exterior ou a diplomacia.

47. 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, porisso, a determinação precisa do dominio objectivo do direito internacional o seu confronto com o direito interno, com a moral e cortesia internacional, para fixar as respectivas espheras de acção, bem como com a diplomacia, para estabelecer as suas naturaes relações.

O direito nacional, nas suas diversas manifestações, define a situação juridica do individuo tanto em relação aos seus concidadãos como em relação ao estado, regula a organização e o

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.*, pagg. 16 e 17; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 53 e segg.; PRÉDILIEVRE, *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.

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 condigão de facto, para se affirmar, afinal, a condigão 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, enquanto precisou de conjugar os interesses proprios de cada nação com os interesses geraes da communidade internacional.

É facil descobrir as relações e estabelecer as differenças entre o direito nacional e o direito internacional. Complementares na sua funcção de garantia, prende-os um laço intimo de reciproca influencia e desinvolve-se solidariamente. Para nos 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 harmonia 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 comunidade 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 função 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 auctoridades 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 cumprimento da sua missão e hão de defender os interesses do seu país. Do direito internacional tambem 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.

48. A conducta dos estados é regulada por preceitos de varias ordens, os quaes concorrem todos para coordenar harmonicamente a acção recíproca 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 necessarias á sua conservação e ao seu desinvolvimento 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. Semelhantes preceitos formam o que pode chamar-se a moral das nações, a qual amplia com a forma 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 comprehenderem 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 comunidade inter-

nacional, se a não formulam expressamente tratados de extradição. O mesmo deve dizer-se dalguns característicos symptomas da *humanização* da guerra, como a assistencia aos doentes e feridos, a supressão 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.

49. 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 RIVIER ¹, 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 alegram ou entristecem, as visitas dos chefes de estado e das esquadras, a concessão de distincções honorificas aos dignitarios estrangeiros, a clausula de assimilação á nação mais favorecida introduzida nos tratados de commercio, a saudação entre navios de differentes nacionalidades

¹ *Ob. cit.*, pag. 25.

no altô mar ou nas aguas territoriaes duma terceira potencia, tudo, emfim, que possa ser uma prova de attenção de qualquer estado para com os outros.

Os actos de cortesia internacional tõem 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*.

50. Ao lado da sciencia do direito internacional, que determina preceitos de conducta dos estados para que elles possam viver dentro da commidade 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 fórma mais opportunas. «O direito, diz BULMERINQ, 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 *humanização* das leis da guerra, as resoluções de tantos 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 communitade das nações, e de que a verdade, a seriedade e a honestidade, e não o *machievellismo*, na diplomacia são o grande meio de desinvolver a solidariedade dos povos.

§ V

Imperio geographico do direito internacional ¹

SUMMARY: — 51. A homogeneidade de condições sociaes como factor fundamental da communidade das nações e condição determinante do imperio geographico do direito internacional. — 52. A civilização europeia e a extensão actual da sociedade internacional. — 53. O direito internacional e os povos de civilização não europeia. Tendencias para o alargamento da communidade internacional.

51. 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 communidade 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 communidade 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., 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 seg.; HOLEZENDORFF, *Introd.*, pagg. 10 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 17 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 60 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 18 e segg.; PILLET, *R. D. I. P.*, vol. i, pagg. 2 e segg.; CAVAGLIERTI, *I limiti della cumunità internazionale*, na *R. 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.*, 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 communitade de estados dá-se entre as sociedades hellenicis, 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 communitade latina á dominação romana, quando esta se dissolveu e sobre as ruínas do imperio se formaram os novos estados europeus, foram estes conduzidos á communitade de vida internacional pela semelhança de condições sociaes produzida pela assimilação romana e pela acção social do christianismo. A fé catholica dá fórma á nova communitade, 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 communitade internacional da acção subordinadora da Igreja, assentaram-na na semelhança de civilização desirvovida 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 differente, 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 pacíficas entre os povos, só vai até onde chega a comunidade 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.

52. 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 vai 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 comunidade 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 Tokio ¹. Apesar de tudo, os estados europeus tẽem conservado uma certa reserva a respeito do Japão, e não é sem difficuldade que este país vae attingindo a situação moral e juridica dum grande estado europeu ².

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 do 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 tẽem 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, alem do Japão, o Siam, a Persia e a China enviaram representantes á cónferencia da paz de 1899, onde foram postos e discutidos importantes problemas do direito internacional e onde se tomaram resoluções de indiscutível 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 Westphalia, a admissão da Turquia a participar do direito publico da Europa pelo tratado de Paris de 1856, e a recente entrada do Japão na communidade internacional, mostram que esta deixou de assentar sobre bases religiosas, que, porisso, pode ser constituída 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.

53. Mas, se os factos provam que a homogeneidade de condições sociaes é o assento positivo da communidade 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

aplicação 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 approximou-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 Ottomanico, a China e outros estados, tõem consentido em isentar das justicas territoriaes os nacionaes dos estados christãos, para os submeter á jurisdicção dos consules destes estados, e, enquanto 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 permitem uma cõmmunidade de vida tacitamente disciplinada pelos costumes, nem aconselham 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 fossem ¹.

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 comunidade internacional, apoiara-se na consciencia geral do mundo civilizado e era dominado pelo principio fundamental da reciprocidade. Onde, portanto, a comunidade não exista, uma consciencia *commun 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 espheras 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, enfim, 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 internacional ¹

SUMMARIO : — 54. Necessidade e primitiva fôrma da organização systematica do direito internacional. Systema de GROCIO. — 55. As modificações do systema de GROCIO e a imitação do systema de GAIO na organização do direito privado romano. Systema de ZOUCH. — 56. As systematizações baseadas nos factos da vida internacional: HOLTZENDORFF, DE MARTENS e KASANSKY. — 57. O systema que seguimos baseado na ideia da communidade internacional considerada na sua organização e no seu funcionamento. Logar que ali occupa o direito internacional privado. — 58. Terminologia adoptada. *Jus gentium*, *jus inter gentes*, *internacional law*, direito internacional.

54. 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 abraçe 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.; LAFAYETTE 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; MÉRIGNAC, *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 todas as materias do direito das gentes, 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.

55. O systema iniciado por GROCIO, á medida que se ia generalizando, soffreu successivas alterações, para, a final, ser substituído 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 característico, o que fez HEFFTER, o qual, tendo estudado numa introdução geral alguns principios fundamentaes, 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 desinvolvido pelo jurisconsulto GAIO ¹. 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 *peessoas* 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 desoccupados, 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 conseguir aquelles resultados.

Este systema, porque condizia com a educação romanista dos juriconsultos e permitia 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 daquella 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 as 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.

56. 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 GROCIO, 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, enquanto 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 comunidade 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, 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 comunidade 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 comunidade 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 *éspirituacs*, 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 do direito 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 communitate 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 internacionaes ¹.

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 communitate internacional dos estados e das sociedades internacionaes ².

A ideia posta em evidencia por KASANSKY é claramente a ideia da função característica do direito internacional, emquanto lhe assigna 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.

57. 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 MARIENS, 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 descripção da *população* e do *territorio* da sociedade internacional, e o problema da fórma 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 jurisdiccional doutro país. E ao direito internacional compete regular e garantir tanto uma como outra fórma 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 communitade 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 vamos seguir no estudo do direito internacional.

Começaremos pelo problema da *organização da sociedade internacional*, procurando determinar os elementos e a fórma dessa organização; continuaremos pelo problema do seu *funcionamento normal* para a realização dos interesses geraes reciprocos das collectividades nacionaes e para a regularização da situação juridica do individuo fóra do seu país natal; e concluiremos pelo problema da resolução dos *conflictos in-*

ternacionaes, tanto por meios pacíficos como por processos violentos, estabelecendo o modo de salvaguardar, no caso de guerra, os direitos e os legitimos interesses tanto dos estados belligerantes como dos estados neutros.

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., e 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 juridica do individuo em país estrangeiro ou de regular as relações juridicas 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 país, que, por meio de usos e tratados, se asseguram cada vez melhor a sua situação juridica e as relações de direito que lhe dizem respeito, e que se procura harmonizar as diferenças de legislação, enquanto ellas traduzem o modo de ser particular de cada país, 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 juxtaposição de nações independentes»¹. O direito internacional publico 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 tõem constituido por processos eguaes, e se completam no seu destino final.

58. 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*

¹ R. D. I., 1902, pag. 169.

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 ali feitas, limitemos o direito internacional ao dominio movel da communnidade internacional ¹. 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.

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 39; NYS, *Études de droit int.*, 1, pagg. 10 e segg.

II

Organização da sociedade internacional

CAPITULO I

Membros da communidade internacional

SECÇÃO I

Os Estados

§ I

O Estado e a sociedade internacional ¹

SUMMARY: — 59. A divisão da humanidade em nações e a organização das nações em estados. — 60. Agrupamento dos estados em communidade internacional. — 61. O estado como personalidade internacional. — 62. A soberania interna e a soberania externa.

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

¹ De MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 307 e segg.; RIVIER, *Principes du droit des gens*, tom. 1, pagg. 45 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 81 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 79 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, tom. 1, pagg. 61 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, vol. 1, pagg. 117 e segg.; Sr. Dr. MARNOCO e SOUSA, *Direito politico*, Coimbra, 1900, pagg. 38 e segg. e 151 e segg.; NYS, *Le droit international*, pagg. 329 e segg.; BIGLIATI, *ob. cit.*, pagg. 9 segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 117 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 67 e segg.; DUGUIT, *L'État*, tom. 1, Paris, 1901, e tom. II, Paris, 1903; etc.

elementos se encontram ligados por nexos naturaes ou historicos, occupam um territorio determinado e vivem sob a direcção dum governo commum. A humanidade apresenta-se assim dividida em nações politicamente organizadas em estados. A historia social explica a formação das unidades nacionaes, a evolução politica mostra a sua constituição em estados e o direito publico define os elementos e a organização dos mesmos estados, para o direito internacional determinar os principios da sua co-existencia e da sua cooperação dentro da sociedade das nações.

Para o direito internacional o estado é, como para o direito publico, uma comunidade independente, organizada dum modo permanente e em relação constante com um territorio, com a differença de que o direito publico estabelece e o direito internacional reconhece estas condições de existencia do estado. Porisso é que não serão estados perante o direito internacional quaesquer associações que não reúnam as condições da independencia, da organização permanente e da relação constante com um territorio, como acontece com as tribus anarchicas ou nomadas, ás quaes falta um vinculo politico ou um territorio fixo, elementos indispensaveis ao organismo do estado. Todavia, desde que aquellas condições existam, pouco importa a fórma politica revestida por uma nação, existe um estado tanto perante o direito publico como perante o direito internacional.

60. A criação evolutiva de comunidades politicas foi continuada pela formação progressiva da approximação dessas comunidades até se constituir uma sociedade das nações, quando os estados, relacionados pelos progressos da civilização, estabelecerem entre si um regimen de reciprocidade de facto que a obediencia a preceitos communs, considerados necessarios e obligatorios, transformou num regimen de reciprocidade juridica. Foi relativamente tarde que se formou a

comunidade internacional e começaram por ser bastante apertados os limites da sua extensão, como no-lo mostrou a condição historica da coexistencia dos estados e o estudo do imperio geographico do direito internacional. Todavia, depois que se constituiu regularmente, a comunidade das nações tem-se tornado sempre mais intensa e mais extensa pela multiplicação das relações internacionaes reguladas pelo direito e pela diffusão crescente da civilização europeia, mais ou menos assimilada por parte dos estados de civilização differente. O facto é, pois, que sobre a organização politica dos aggregados nacionaes se formou a organização mais larga dum aggregado internacional constituído pela sociedade dos estados.

61. Nas suas mutuas relações, os estados apresentam-se como personalidades juridicas exercendo direitos e contraíndo obrigações, com uma capacidade de direito semelhante á dos individuos nas suas relações privadas. E a personalidade internacional do estado, embora contestada por alguns escriptores, ainda hoje reúne a quasi unanimidade das opiniões e é tão importante e indispensavel, que, sem ella, todas as relações juridicas dos mesmos estados seriam impossiveis. «A personalidade de cada estado, escreve DESPAGNER, deve ser reconhecida pelos outros, sob pena de ser negada a existencia do direito internacional, o qual tem por objecto regular as relações que se produzem entre os estados em virtude da sua condição de pessoas juridicas».

A personalidade internacional pertence aos estados e não aos soberanos ou agentes diplomaticos, que não são mais que representantes dos mesmos estados, e é regida por um principio de egualdade, pois, sendo a organização actual da comunidade internacional a união livre dos estados para a consecução de fins communs, as nações devem tratar-se como eguaes em todas as suas relações.

O agrupamento dos estados em comunidade internacional reveste assim a fôrma dum organismo juridico assente sobre um principio de reciprocidade.

62. A personalidade internacional do estado suppõe neste o direito de se organizar e de dirigir as suas relações externas independentemente da subordinação a um poder superior, isto é, suppõe a *soberania*, que é a expressão da independencia como condição da existencia do estado.

A soberania, ou o poder supremo da nação revelado na faculdade de cada estado se organizar livremente e de livremente dirigir as suas relações externas, é condição para os estados se affirmarem como pessoas e entrarem em relações juridicas, não podendo existir relações regulares senão entre estados autonomos e independentes na sua vida exterior.

A soberania nacional apresenta duas manifestações capitães, que geralmente se designam pelas expressões — soberania ou autonomia interna e soberania ou autonomia externa.

A autonomia interna manifesta-se nas relações estabelecidas entre o poder social e os mesmos da associação, exerce-se dentro dos limites do territorio e consiste no direito duma nação se organizar e se governar pelo modo mais consentaneo ás necessidades da sua conservação e do seu desinvolvimento.

A autonomia externa manifesta-se nas relações exteriores do estado e revela-se no direito que lhe compete de 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 das nações estrangeiras, de celebrar tratados, de fazer guerra offensiva ou defensiva, de exigir o respeito do seu territorio e dos interesses nacionaes, de usar

um titulo particular, em summa, de mostrar que não reconhece um poder superior arbitro das relações internacionaes.

Todavia, o exercicio da soberania é naturalmente limitado pelo respeito devido aos direitos dos outros estados e pelas exigencias geraes da communitade internacional, dentro da qual os estados vivem num regimen de autonomia solidaria ou de egualdade reciproca. A soberania, em vez dum poder absoluto, é mais a liberdade de 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 communitade internacional.

A soberania interna ou externa, embora necessaria para a existencia da personalidade internacional do estado, não é exercida do mesmo modo por todos os estados, como nem todos a possuem no mesmo grau, o que naturalmente conduz á classificação dos estados sob o duplo ponto de vista do modo de exercicio e do grau de posse da soberania.

§ II

Classificação dos Estados ¹

SUMMARY : — 63. Estados simples e estados compostos. — 64. O estado simples e o exercicio da soberania interna e externa. — 65. Fórmulas dos estados compostos. União pessoal: caracteres e tendencias. — 66. União real: caracteres e exemplificação. — 67. Confederação de estados: natureza e valor politico. — 68. Estado federal: caracter fundamental e distincção da confederação e do estado unitario. — 69. Estados soberanos e meio-soberanos. Protectorado e vassalagem. — 70. Estados neutralizados. Efeitos internacionaes da neutralização. — 71. Estados tributarios. Sua condição internacional.

63. O extremamente variavel condicionalismo historico em que os estados se constituem e desinvolvem faz com que elles revistam fórmulas diversas e que na sociedade internacional se encontrem unidades politicas de caracteres diferentes no que respeita ao exercicio da soberania e á affirmacção da personalidade nacional. Esta circumstancia exige a determinacção das diferentes fórmulas de estados, para o efeito de verificar como cada uma dellas se apresenta na pratica das relações exteriores.

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 311 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 84 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 83 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 75 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 66 e segg.; Sr. Dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pagg. 273 e segg.; LE FUR, *L'État Fédéral*, Paris, 1896; NYS, *ob. cit.*, pagg. 348 e segg.; BIGLIATI, *ob. cit.*, pagg. 228 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 190 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 94 e segg.; LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, vol. I, pagg. 98 e segg.; etc.

Uma ordem notavel de differenças é referida á circumstancia de uns apparecerem como organismos unitarios com um só poder politico que exerce livremente tanto a soberania interna como a soberania externa, e de outros se apresentarem como a reunião de dois ou mais estados ligados pelo soberano ou dynastia reinante, por certas instituições communs ou por um poder superior, que ora se limita ás relações internacionaes ora se estende tambem aos negocios internos. Este diverso modo de ser dos estados conduziu á sua classificação em estados *simples* e estados *compostos*. Porque é differente a sua capacidade e a sua função na ordem internacional, estudaremos os caracteres das duas classes de estados, começando pelos simples e seguindo pelos compostos nas suas quatro combinações — *união pessoal, união real, confederação de estados e estado federal*.

64. O *estado simples* constitue um organismo politico uno e completo, exerce plenamente a soberania interna, organizando-se e governando-se livremente, e tem a liberdade de acção exterior apenas limitada pelo respeito devido aos direitos eguaes dos outros estados e pelas exigencias geraes da comunidade internacional. A sua personalidade não é tutelada por qualquer poder estranho, pelo que o estado simples pode ser considerado como o typo dos membros independentes da sociedade internacional.

Deve observar-se, porém, que a simplicidade e unidade do estado não exigem a homogeneidade de elementos sociaes, nem supõem a centralização administrativa, a negação de qualquer autonomia a determinadas circumscripções locais, ou mesmo a continuidade de territorio. Um estado simples pode ser formado de elementos heterogeneos, comportar uma larga descentralização e possuir colonias com organização mais ou menos autonoma, assim como póde comprehender diversos terri-

torios incorporados, como acontece com a Inglaterra que fórma um só reino com a Escocia e com a Irlanda, desde que conserve a unidade de vinculo politico e a independencia nas relações externas.

65. Quando dois ou mais estados, conservando integralmente a sua soberania interna e externa, se encontram ligados por um soberano ou por uma dynastia commum, formam um estado composto a que se dá o nome de *união pessoal*.

A união pessoal cria uma communidade temporaria, que se dissolve com a morte ou deposição do soberano, ou com a extincção da dynastia commum ou quando a ordem differente da successão ao throno nos estados unidos torna impossivel a sua continuação, como aconteceu com a união pessoal da Inglaterra e do eleitorado do Hanover, que, formada em 1714, cessou em 1837 pela ascensão ao throno inglês da rainha Victoria, a qual, segundo a ordem da successão do Hanover, não podia occupar o throno deste país, visto a successão só poder pertencer a uma mulher na falta dum successor masculino quer na linha recta quer na collateral.

Os estados ligados em união pessoal conservam a sua personalidade internacional, podendo ter uma representação exterior differente, concluir tratados livre e separadamente, e até fazer-se mutuamente a guerra, a qual pode transformar-se num motivo do rompimento da união, havendo, em summa, tantas personalidades internacionaes quantos são os estados unidos pelo laço puramente exterior da communidade do soberano ou da dynastia reinante.

Apesar, porém, de temporaria e de respeitar a personalidade internacional dos estados por ella comprehendidos, a união pessoal influe sempre consideravelmente na politica exterior desses estados, imprimindo-lhe uma direcção uniforme, podendo haver até, por motivos de utilidade e por

accordo dos mesmos estados, uma representação diplomatica commum.

A historia politica apresenta exemplos numerosos de uniões pessoas e mostra que essas uniões constituem uma fórma de estado inconsistente que tende a desapparecer. É, effectivamente, grande o numero das uniões pessoas dissolvidas e, das duas actualmente existentes, a da Gran-Bretanha e do Imperio das Indias e a da Belgica e do Estado independente do Congo, a primeira parece ceder á tendencia geral para a constituição dum imperio federal britannico ¹, e a segunda caminha visivelmente para a sua transformação num estado simples ². Esta inconsistencia da união pessoal deriva certamente do frouxo laço que a forma, apenas referido a interesses dynasticos, que vão cedendo aos interesses nacionaes, ou a combinações de momento, que a identificação necessaria entre o chefe dum estado e o seu povo ou elimina ou substitue por uma fórma de estado que assente nos interesses geraes das comunidades politicas assim reunidas.

66. Em vez duma união temporaria sob o poder dum soberano commum, podem dois ou mais estados constituir uma união permanente por uma disposição expressa das suas constituições ou em virtude dum accordo entre elles realizado, formando o que os publicistas chamam uma *união real*.

Na união real, cada um dos estados conserva a sua autonomia interior e, portanto, as suas leis e as suas instituições politicas fundamentaes, e exerce a soberania interna, organizando-se e governando-se com liberdade e independencia, mas

¹ ROLIN JACQUEMYS, *Le mouvement vers une constitution fédérale de l'Empire britannique*, R. D. I., 1892, pag. 113.

² DESPAGNET, R. D. I., 1902, pagg. 468 e segg.

a soberania externa dos estados unidos identifica-se na pessoa do chefe commum, formando todos elles apenas uma pessoa internacional, por maneira a haver no interior da união varios estados e no exterior existir apenas um.

Pode ser diversa a fórma politica e a constituição dos estados da união e pode o chefe do estado ter attribuições differentes em cada um delles, sendo somente indispensavel que a soberania externa seja una e representada por uma só personalidade internacional. O chefe do estado representa assim uma só personalidade internacional e é o órgão commum dos estados da união.

Os caracteres da união real podem estudar-se na união formada pela Austria-Hungria. Este estado reveste o character duma união perpetua, constitue uma só personalidade internacional e apresenta como órgão commum da união o chefe do estado, ao lado do qual apparecem os ministerios dos negocios estrangeiros, dos negocios militares e das finanças, destinados a realisar a unidade soberana exterior e a dirigir os interesses declarados communs pelas leis fundamentaes da união ¹.

67. Ao lado das uniões reaes ou pessoaes, apparecem as associações de estados, em que estes se agrupam para exercer em commum a sua soberania e que revestem as duas fórmas de confederação de estados e de estado federal.

A *confederação* constitue-se por meio dum pacto federal e

¹ Lei austriaca de 21 de dezembro de 1867; Lei hungara de 1867. Até ha poucos meses, formavam tambem uma união real a Suecia e a Noruega, organizada pelo acto de união de 6 de agosto de 1815. A Noruega proclamou, porém, a sua independencia, que foi reconhecida pacificamente pela Suecia, desdobrando-se assim a união em duas nações autonomas (DARESTE, *Constitutions modernes*, vol. 1, pagg. 361 e segg., e vol. II, pagg. 134 e segg.).

dá-se quando varios estados, conservando a sua independencia interna e externa, accordam em constituir, de modo perpetuo, um organismo de governo commum, distincto do governo de cada um dos estados e que exerça as attribuições geraes indicadas no pacto federal. O pacto é um tratado entre os diversos estados e, porisso, a confederação é, no fundo, uma organização convencional destinada á realização de interesses communs e regulada pelo direito internacional.

Cada um dos estados confederados conserva a sua soberania, é uma pessoa internacional e pode exercer livremente a sua acção exterior, contanto que proceda de harmonia com os interesses geraes da confederação. A soberania está nos estados confederados e não na confederação. Esta só tem personalidade internacional emquanto representa os estados confederados.

O governo central da confederação é exercido geralmente por um conselho de representantes diplomaticos dos differentes estados (congresso ou dieta), o qual não representa um poder que lhes fique superior, mas antes um meio de mutuamente se intenderem para serem formuladas resoluções de character convencional, e tanto que só são obrigatorias para todos as resoluções tomadas por unanimidade, accrescendo que, pelo governo de cada um dos estados, e não por um poder central, é que aquellas resoluções são executadas.

A competencia do governo central é, em geral, muito limitada, restringindo-se inteiramente ás indicações do pacto federal, que abrange, em regra, exclusivamente o que se refere aos negocios externos e á defesa militar, podendo ainda deixar de estar concentrado no governo da confederação tudo que respeita ás relações externas e, em tal caso, estas serão tambem dirigidas por cada um dos estados confederados, que, como fica dicto, conservam a sua soberania exterior e são pessoas internacionaes.

A confederação é, assim, uma união de direito internacional, em que todos os membros conservam a sua soberania e o seu caracter de estados e em que as relações entre os mesmos estados são simplesmente relações de coordenação.

São multiplices os exemplos historicos de confederações, destacando-se sobretudo a confederação germanica de 1815 a 1866, por ser aquella que mais se approximou do typo perfeito duma confederação de estados.

Esta confederação, estabelecida pelo pacto de 1815 e completada em 1820 e nos annos seguintes, comprehendia trinta e oito estados independentes, unidos para a defesa da sua segurança interior e exterior. A confederação tinha por órgão a *dieta*, composta de plenipotenciarios de todos os estados allemaes, cuja missão consistia, principalmente, em velar pelos interesses internacionaes de toda a confederação. Enviava e recebia embaixadores, declarava a guerra, concluía tratados em nome da confederação, intervinha em favor dos estados confederados quando os seus direitos eram violados, resolvia as difficuldades pendentes entre os mesmos estados, ficando, porém, sempre salva a independencia de cada um dos estados, os quaes conservavam os seus direitos internacionaes soberanos e a sua autonomia interior. Esta organização ficará sempre, como nota DE MARTENS, como um exemplo notavel de organização internacional que respeitava completamente a independencia particular de cada estado. O facto de semelhante systema de organização internacional ser apto para integrar os dois principios de autonomia e de solidariedade que dominam as tendencias da sociedade dos estados, fez dizer ao mesmo escriptor que a organização modelo duma confederação de estados pode servir de prototypo á organização da humanidade que é permittido sonhar no futuro e cuja realização deve esperar-se do desinvolvimento ulterior das relações internacionaes.

Não deixa de impressionar a circumstancia da successiva eliminação historica das differentes confederações de estados, muitas das quaes se transformaram ou em estados simples, como aconteceu á Hollanda, ou em estados federaes, como succedeu com os Estados Unidos, com a Suissa e com a Allemanha, parecendo que a confederação tem por missão historica preparar uma união mais intima dos estados que a compõem.

68. A segunda especie de associação de estados ou *estado federal* dá-se quando varios estados se reúnem num organismo politico commum, constituído de modo que se forme um estado central representado por um poder supremo com o direito de determinar a sua competencia, com a *competencia da competencia*, como dizem alguns escriptores allemães, isto é com o direito de ampliar ou restringir a esphera das suas attribuições.

O documento em que se encontram determinados os direitos e os deveres dos estados associados e os poderes e attribuições do poder central é uma constituição federal e não um pacto ou tratado internacional, como acontece nas confederações, e a soberania reside no estado federal e não nos membros da federação, sendo porisso que o poder federal tem o direito de determinar a sua competencia, direito que constitue o fundo essencial da soberania.

Estas circumstancias distinguem nitidamente o estado federal da confederação, mas parecem approximá-lo do estado simples ou unitario, o que exige o conhecimento das suas differenças.

A differença fundamental e decisiva encontra-se no modo diverso por que em cada um delles se fórma a vontade soberana. Ao passo que no estado unitario a soberania é representada ou só pelo povo — republica, ou só pelo monarcha — monar-

chia absoluta, ou pelo povo e pelo monarcha — monarchia constitucional, no estado federal é a mesma soberania representada 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 particulares, 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.

Nas relações exteriores o estado federal constitue uma pessoa internacional em virtude da sua natureza de estado soberano, no que tambem differe da confederação, onde a personalidade internacional existe, mas com a natureza duma representação convencional.

Não é, porém, da essencia do estado federal pertencer-lhe exclusivamente a personalidade internacional, podendo a constituição federal permitir relações internacionaes aos estados

particulares. E, em verdade, percorrendo as constituições das federações existentes, como são a Suissa, a Alemanha, os Estados Unidos, o Mexico, a Venezuela, a Argentina, o Brasil, a Republica da America Central (Honduras, Nicaragua e Salvador), etc., verifica-se que apenas tres destas constituições, as da Argentina, da Venezuela e do Brasil, privaram completamente os estados particulares de attribuições internacionaes. Todavia, dado o character mesmo do estado federal, é natural que as relações internacionaes fiquem a cargo principalmente do governo central e é á constituição federal que compete fixar as attribuições internacionaes dos estados particulares, quando estes algumas possam exercer.

69. As circumstancias historicas, assim como produziram o agrupamento de diversos estados segundo um principio de egualdade nas uniões pessoas ou reaes e nas confederações ou estados federaes, assim tambem determinaram uma ordem de combinações dos organismos politicos segundo um principio de subordinação, dando logar ao apparecimento de uma nova classificação dos estados em *soberanos* e *meio soberanos*.

O estado é soberano quando, na plena posse e exercicio da soberania, se organiza e governa com inteira independencia e dirige livremente as suas relações exteriores.

Meio-soberano chamou MOSER, e com elle muitos escriptores, ao estado que, mais ou menos autonomo no exercicio das funções 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. A subordinação do estado meio-soberano manifesta-se, pois, ou exclusivamente ou principalmente nas relações exteriores. A autonomia interna pode

ser restricta, mas conserva-se como regra geral, sendo perdida, em principio, a autonomia externa, embora por vezes exista parcialmente num ou noutro estado meio-soberano.

Segundo a natureza do vinculo de subordinação, que pode ser de protectorado ou de vassallagem, são os estados meio-soberanos divididos em *protegidos* e *vassallos*.

O *protectorado* é uma instituição pela qual se estabelece um laço entre dois estados, o mais poderoso dos quaes se obriga a defender o mais fraco, em troca duma compensação de vantagens concedidas pelo estado protegido. Esta compensação manifesta-se geralmente sob a fórma dum abandono, mais ou menos completo, da soberania do estado protegido, principalmente da soberania externa, fixando o tratado de protectorado o grau de dependencia do estado meio-soberano.

O protectorado, que nunca foi frequente entre estados regularmente organizados e adiantados em civilização, apresenta-se como uma instituição scientificamente anomala e historicamente inconsciente. A anomalia resulta de no protectorado apparecer uma soberania dependente, o que é um contrasenso perante a sciencia politica. A inconsistencia historica revela-se nas condições em que se formam os protectorados e no seu geral destino evolutivo. Effectivamente, o protectorado: ou apparece quando um estado fraco e degenerado encontra no patrocínio dum estado forte o meio de prolongar por algum tempo a sua independencia precaria, e então o seu destino é uma proxima incorporação, como aconteceu com o reino de Madagascar, que, protegido pela França desde 1885, foi annexado a este país em 1896; ou se fórma quando populações vigorosas, na lucta pela sua independencia, procuram em semelhante instituição o meio de se subtrair ao jugo que as opprime e de fazer a sua educação politica, acabando naturalmente por se tornar necessario o reconhecimento da sua au-

tonomia e da sua soberania, como succedeu com as provincias danubianas, as quaes, quasi integralmente emancipadas da Turquia pelo tratado de Andrinopla de 1829, estiveram sob o protectorado da Russia até ao tratado de Paris de 1856, ficando desde então sob a garantia das potencias signatarias daquelle tratado, até que, pelo tratado de Berlim de 1878, foram quasi todas reconhecidas como tal ou parcialmente independentes ¹; ou ainda se emprega para iniciar os povos barbaros nos progressos da civilização — *protectorado colonial* — sem recorrer á conquista violenta ou á annexação forçada e respeitando em certo modo a soberania desses povos, e, em tal caso, a annexação ou a autonomia ainda serão o futuro dos mesmos povos, segundo o seu grau de desinvolvimento e de resistencia ². Em todo o caso, o protectorado representa um grau de transição entre a dependencia politica absoluta e a plena soberania, ou

¹ O tratado de Berlim constituiu a Bulgaria em estado autonomo, vassallo e tributario da Porta, estabeleceu a autonomia administrativa da Romelia oriental sob a auctoridade dum governador christão, nomeado por cinco annos pela Porta com o assentimento das potencias, e reconheceu a independencia da Servia e da Romania.

² Segundo se deixa ver do texto, o protectorado reveste duas fórmãs principaes, o *protectorado politico* ou de direito internacional, segundo o qual um estado fraco se acolhe sob a salvaguarda dum estado forte compromettendo-se ao cumprimento de deveres correspondentes á protecção recebida, e o *protectorado colonial*, que é uma especie de *conquista pacifica* e consiste em *assimilar* o estado protegido com a integridade das suas instituições, da sua hierarchia e dos seus funcionarios, mesmo o seu chefe supremo, embora subordinando o todo á direcção e inspecção superior do estado protector, assim transformado em seu guia e collaborador no desinvolvimento da sua civilização. (WILHELM, *Théorie Juridique des protectorats*, no *Journal de droit International privé*, 1890, pag. 205; THOZÉ, *Théorie de la colonisation au XIX.^e siècle*, Bruxelles, 1902, pag. 624.

vice-versa, estando a sua razão de ser apenas no seu character provisorio ¹.

A *vassallagem* é um laço de subordinação entre um estado e um outro que lhe *concede* a meia-soberania, chamando-se ao primeiro estado *vassallo* e ao segundo *suserano*. A relação de subordinação é muito variavel, podendo ir duma dependencia quasi completa até uma relativa liberdade. Póde, 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.

Os estados vassallos, numerosos nos tempos feudaes, tornam-se actualmente raros no mundo civilizado, podendo apenas apontar-se, fora das regiões mais ou menos barbaras da Asia e da Africa, o Egypto, a Bulgaria e Creta, que são vassallos do sultão, o primeiro desde 1840, o segundo desde 1878 e o terceiro desde 1898 ². Como o protectorado, a vassallagem é uma creação resultante exclusivamente das relações internacionaes e não um producto das aspirações ou forças nacionaes, explica-se, como diz DE MARTENS, pela necessidade de encontrar para certos estados um *modus vivendi* destinado a prevenir um choque imminente, e representa um compromisso entre interesses oppostos que não consentem uma solução radical, e, porisso, os estados vassallos tendem fatalmente ou para a aquisição da soberania plena ou para a sua absorpção pelo estado suserano. A historia offerece, com effeito, exemplos abundantes destas transformações. Exemplificação caracteristica da primeira tendencia é a historia da

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 311 e segg.

² STREET, na *R. D. I. P.*, 1903, pagg. 345 e segg.

Turquia no seculo XIX, que é, por assim dizer, a historia dos seus desmembramentos successivos pela transformação de quasi todos os países que dependiam da sua suserania em estados plenamente soberanos; e da segunda é a deminuição progressiva dos numerosos estados allemães, que todos dependiam da suserania imperial e, a final, ficaram reduzidos a um numero muito limitado. É que a meia-soberania constitue uma situação internacional complicada e mal definida, que a tendencia para a unidade politica dissolve naturalmente.

70. A condição dum estado que, durante uma guerra, não toma o partido dum ou doutro dos belligerantes, mas fica em paz e amizade com ambos, ou que convencionalmente foi posto numa situação de paz indefinida, dá-se o nome de *neutralidade*.

A neutralidade pode revestir uma de duas fórmulas geraes, sendo umas vezes *temporaria* e outras *perpetua* ou *permanente*.

Neutralidade temporaria é a situação de todo o estado que, espontanea ou convencionalmente, se conserva estranho a uma guerra entre duas ou mais nações, tendo aliás a liberdade de intervir em favor de qualquer dellas e podendo tomar o partido de alguma quando se involvam em nova guerra ou participar na lucta que se trave entre quaesquer outros estados. Começa, portanto, com o rompimento das hostilidades e acaba com a celebração da paz.

A neutralidade perpetua é, ao inverso, a situação do estado que, por meio dum accordo celebrado entre elle e outras potencias, assume o compromisso de nunca fazer guerra offensiva, obrigando-se os outros estados contractantes a respeitar ou garantir a situação creada por aquelle compromisso. A neutralidade permanente é, pois, de natureza convencional, sendo

só por um tratado que varios estados podem neutralizar outro ou que uma nação pode conseguir que as demais respeitem e assegurem a neutralidade em que ella espontaneamente se collocar.

Os estados neutralizados soffrem algumas limitações na sua liberdade de acção internacional, pelo que se torna necessario determinar quaes sejam os estados que hoje se encontram em tal situação e os effeitos internacionaes que ella produz.

A neutralidade permanente devidamente caracterizada só appareceu em 1815 pelo reconhecimento da neutralidade suissa. Foi na declaração de Vienna de 20 de março de 1815 que as potencias se comprometteram a reconhecer e garantir a neutralidade perpetua da Suissa e foi no tratado de Paris de 20 de novembro do mesmo anno que ficou firmado aquelle reconhecimento e estabelecida aquella garantia. Eram assim os termos da declaração: «As potencias... declaram que, apenas a dieta helvetica acceda em boa e devida fórma ás estipulações contidas na presente transacção, será reconhecida, por parte de todas as potencias, a neutralidade perpetua da Suissa nas suas novas fronteiras...». A dieta accedeu em 27 de maio e a 20 de novembro as cinco grandes potencias e Portugal assignavam em Paris um tratado em que declaravam reconhecer formal e authenticamente a neutralidade perpetua da Suissa e garantir-lhe tanto a independencia de qualquer influencia estrangeira como a integridade e a inviolabilidade do seu territorio nos seus novos limites¹. Assim reconhecida, a neutralidade da Suissa tem sido sempre respeitada, constituindo um principio do direito publico da Europa.

¹ BORGES DE CASTRO, *Collecção de Tratados*, tom. v, pagg. 240 e segg.

Depois da Suissa, foi neutralizada a Belgica pelo tratado de 15 de novembro de 1831. Desde 1814 que dominava as potencias a ideia de crear uma barreira moral á expansão da França para o norte, como o prova a circumstancia de o congresso de Vienna, apesar da hostilidade tradicional entre as provincias belgas e os Países-Baixos, reconhecer a sua união no tratado de 9 de junho de 1815, e porisso, quando foi reconhecida a independencia da Belgica, estabeleceu-se a sua neutralidade, já que, escreve RIVIER, «La Belgique neutralisée devait remplacer la *barrière*, la *tête de pont*, *l'avant-mur* qui était, aux yeux du congrès de Vienne, le royaume des Pays-Bas de 1814». A neutralidade foi primeiro estabelecida pelo art. 5.º do protocollo de 20 de janeiro de 1831, que fixou as bases da separação da Belgica e da Hollanda, e depois reconhecida e garantida pelos artt. 7.º e 25.º do tratado de 15 de novembro do mesmo anno, concluído entre as cinco grandes potencias e a Belgica, e por fim aceita pela mesma Hollanda, ao mesmo tempo que reconheceu a independencia na Belgica, no tratado de 19 de abril de 1839. A neutralidade da Belgica que se baseou, mais que no seu, no interesse das potencias, tem sido sempre respeitada.

A seguir é neutralizado o granducado do Luxemburgo. No interesse europeu e por accordo das potencias e do granducado, foi este declarado neutro no tratado de Londres de 11 de maio de 1867, cujo art. 2.º diz: O granducado de Luxemburgo. . . formará para o futuro um estado perpetuamente neutro. As Altas Partes contractantes obrigam-se a respeitar o principio da neutralidade estipulado pelo presente artigo. Este principio fica sob a sanção da garantia collectiva das potencias signatarias, á excepção da Belgica, que tambem é um estado neutro.

Finalmente, em 1885, é neutralizado o Estado independente do Congo. O art. 10.º do acto final da conferencia de Berlim,

de 26 de fevereiro daquelle anno, determinava que as Altas Partes signatarias do mesmo acto e as que de futuro adherissem se compromettiam a respeitar a neutralidade dos territorios da bacia convencional do Congo que as potencias que sobre elles exercessem soberania declarassem neutros. Em harmonia com este principio, sendo no mesmo anno de 1885 reconhecido o Estado independente do Congo, Leopoldo II, rei dos belgas e soberano daquelle estado, notificou ás potencias a 1 de agosto a sua neutralidade perpetua, que tem sido respeitada e teve por destino dar uma nova garantia de segurança ao commercio e á industria e favorecer, pela manutenção da paz, o desinvolvimento da civilização na bacia do Congo.

A neutralização dos diferentes estados tem sido determinada por motivos politicos principalmente, procurando-se ou salvaguardar os estados pequenos contra as usurpações dos estados poderosos, ou evitar o engrandecimento dalguns países mediante a annexação das pequenas nações, ou manter entre os grandes estados territorios inviolaveis que lhes sirvam de barreiras moraes e evitem os choques immediatos. Em todo o caso, ha sempre na neutralização uma garantia de paz e pode haver o interesse do commercio universal, como aconteceu com a neutralização do Congo.

Qualquer que seja, porém, o motivo da neutralização, tem ella importantes effeitos de ordem internacional que importa determinar.

Em geral, o estado neutralizado tem o dever de se abster de qualquer acto de hostilidade, que não seja praticado em sua legitima defesa. Não pode, porisso, empreender uma guerra offensiva; não pode concluir uma alliança offensiva, não lhe sendo mesmo permittida a alliança defensiva senão para o caso em que seja atacado; não pode garantir a neutrali-

dade doutro estado, pois que semelhante garantia seria susceptivel de o arrastar á guerra em defesa de tal neutralidade; não pode facilmente annexar territorios ou adquirir colonias, a não ser que as potencias garantas estendam a neutralidade ás novas possessões; não pode receber outros estados em suzerania ou protectorado, já que lhe seria vedada a guerra para os defender; não pode subordinar, por meio de tratados, a sua soberania a outros estados, de modo que venha a ser envolvido nas guerras por elles emprendidas, pelo que não lhe é possível entrar numa união real, numa confederação ou numa federação ou submeter-se a um protectorado, pois em todos estes casos vincularia a sua liberdade de acção exterior; não pode, em summa, praticar qualquer acto internacional que, em si ou nas suas consequencias, possa levá-lo a sair da sua situação de neutralidade. Uma paz indefinida é a condição do estado neutralizado e, porisso, a sua liberdade internacional é naturalmente limitada áquelles actos que não se oppoñam ao cumprimento do seu dever em tempo de guerra entre quaesquer outros estados, dever que consiste em conservar-se estranho ao conflicto e continuar em paz e amizade com todos os belligerantes.

Dentro de taes limites, o estado neutralizado pode praticar quaesquer actos internacionaes tendentes a realizar os seus interesses e a aproveitar os beneficios da convivencia das nações e pode igualmente organizar-se e governar-se com toda a independencia no exercicio da sua soberania interna. A neutralidade permanente é uma situação excepcional que vem trazer certas limitações á acção dos estados neutralizados, e, porisso mesmo, essas limitações devem restringir-se aos termos da convenção neutralizadora e aos actos que possam comprometter a mesma neutralidade.

Uma nova ordem de effeitos produzidos pela neutralização dum estado é a *garantia* da neutralidade por parte dos esta-

dos signatarios da convenção de reconhecimento ou de criação da mesma neutralidade. Esta garantia pode variar no alcance e na fôrma, segundo as clausulas do respectivo tratado. Quanto ao alcance, a garantia pode abranger o respeito e a defesa da neutralidade ou limitar-se a um simples dever de respeito. Assim, nos tratados de 1815, de 1831 e de 1867, que successivamente neutralizaram a Suissa, a Belgica e o Luxemburgo, impuseram-se as potencias o dever de respeitar e defender a integridade e a neutralidade daquelles estados, ao passo que a Hollanda, em 1839, e os estados signatarios do acto final da conferencia de Berlim de 1855 se limitaram a declarar que respeitavam, aquella a neutralidade da Belgica e estes a dos territorios da bacia convencional do Congo. O respeito, porém, da neutralidade dum estado limita-se aos signatarios do respectivo tratado, a não ser que este seja tacitamente accedido por outros estados, pois, em semelhante caso, o dever de respeito pode tornar-se geral, como tem acontecido com a neutralidade da Suissa e da Belgica, que hoje fazem parte do direito publico europeu. Relativamente á fôrma, a garantia pode ser *individual* ou *collectiva*. Individual, quando os estados garantes tẽem o dever de intervir isoladamente para defender a neutralidade, embora possam exercer em commum essa defesa; *collectiva*, se os estados co-garantes tẽem de accordar previamente quanto ao modo de defender a neutralidade e cada um delles só tem a obrigação daquella defesa quando todos se promptifiquem a cumprir o seu dever commum.

A neutralização de estados tem coincidido com a existencia de certas condições, cuja combinação pouco frequente dá a razão do pequeno numero desses estados. Semelhantes condições são reduzidas por DESPAGNET e BONFILS a quatro, consistindo em o estado a neutralizar: a) ter pequena importancia e falta

de ambição de conquista e de influencia, e, porisso, em vez de competir com as grandes potencias, antes conte com o seu apoio ; b) haver completado o seu desinvolvimento territorial, não aspirando a qualquer alargamento ou expansão dos seus dominios ; c) ser viavel por si mesmo, isto é, não se encontrar subordinado a qualquer outro estado que sobre elle exerça uma influencia predominante ; d) estar collocado entre dois grandes estados e não ser o unico meio de communicação dos seus exercitos, de modo que, ao mesmo tempo que lhes serve de barreira moral, não estorve a defesa reciproca dos seus direitos.

Comtudo, a neutralização de estados, embora ainda um facto relativamente raro, constitue já um meio apreciavel de pacificação e alguns escriptores, como HILTY, HEDIN e BAJER, têm visto no seu alargamento, principalmente sob a forma de *neutralidade federativa*, o meio efficaz de firmar as relações pacificas dos estados ¹.

71. Na historia das relações internacionaes, e ainda na actualidade, encontram-se exemplos de estados com a obrigação de pagar um tributo a outros estados, como aconteceu com Portugal, que foi, durante algum tempo, tributario da Santa Sé, e com os estados maritimos da Europa, que, até 1830, foram tributarios dos estados barbaricos para evitar as aggressões dos corsarios de Africa, e, como ainda hoje acon-

¹ BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 185 e segg.; *R. D. I. P.*, tom. I, pagg. 522 e segg., tom. VI, pagg. 133 e segg., tom. VII, pag. 287. e tom. XI, pagg. 5 e segg.; *R. D. I.*, 1900, pagg. 461 e 583, 1901, pagg. 15 e 389, e 1902, pag. 127; NYS, *Études de droit int.*, II, pagg. 47 e segg., e *Le droit international*, pagg. 379 e segg.; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 19, pag. 357.

tece com o Egypto e com a Bulgaria, que são tributarios da Turquia, aquelle desde 1840 e esta desde 1878.

O tributo, porém, embora um encargo, não representa uma limitação da soberania. O estado que o paga conserva o pleno exercicio das attribuições internacionaes, se um laço doutra ordem não vincula a sua liberdade de acção nas relações exteriores.

O mesmo deve dizer-se das chamadas servidões internacionaes, que, em virtude dum tratado, são constituídas sobre o territorio dum estado em beneficio doutro estado, como acontece com as servidões militares da prohibição da construcção de fortes ou da concentração de forças nas fronteiras e da obrigação de dar passagem ás tropas estrangeiras pelo proprio territorio, e com as servidões economicas relativas aos direitos de pesca, de cortes de arvores, de transportes ferro-viarios, etc. As servidões internacionaes são compatíveis com o direito de independencia, como as servidões de direito privado são compatíveis com a propriedade. Constituidas por vontade do estado serviente, são já manifestação da sua soberania, a qual se conserva livre nas differentes ordens de relações internacionaes.

§ III

Formação e reconhecimento dos Estados ¹

SUMMARY: — 72. A formação do estado nas suas relações com o direito internacional. — 73. Theorias relativas á formação do estado. Theoria do equilibrio politico, theoria das nacionalidades, theoria da vontade popular e theoria das fronteiras naturaes. — 74. O reconhecimento internacional dos estados: sua significação e valor. — 75. Character facultativo ou obrigatorio do reconhecimento. — 76. Competencia para effectuar o reconhecimento; momento da sua realização. — 77. Formas do reconhecimento: reconhecimento expresso e reconhecimento tacito. — 78. Reconhecimento condicional: exemplificação e character juridico. — 79. Extensão dos efeitos do reconhecimento.

72. Os factos de formação, de transformação e de extinção dos estados reflectem-se na ordem internacional e porisso delles toma conta o direito regulador da sociedade das nações para medir o seu alcance e determinar os seus efeitos no que respeita ás relações mutuas dos povos.

Podem ser muito variaveis as causas determinantes e os modos de formação dum estado, pertencendo á historia politica registar os processos de nascimento das unidades politicas, ao direito publico caracterizar a fôrma da sua organização e ao

¹ CALVO, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 208 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 356 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 105 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 90 e segg. e 118 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, pagg. 125 e segg.; e 235 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 54 e segg.; Sr. Dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pagg. 439 e segg.; NYS, *R. D. I.*, 1903, pagg. 292 e segg., e *Le droit international*, pagg. 69 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 320 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 103 e segg.; etc.

direito internacional fixar a sua situação dentro da sociedade das nações. Qualquer que seja a causa determinante da formação dum estado, existe este desde que um grupo social afirma a sua independencia, se organiza de modo permanente e vive em relação constante com um territorio, e, desde que a sua existencia se torna um facto consummado, é um organismo politico caracterizado pelo direito publico e tem capacidade para constituir uma pessoa internacional.

Mas, se o direito publico e o direito internacional aceitam o estado produzido pela evolução, qualquer que seja o determinismo do seu apparecimento, ao direito internacional ainda é indifferente a fórma politica que elle possa revestir, sendo seu officio determinar o processo da sua *naturalização* na sociedade das nações.

O problema, portanto, que á sciencia do direito internacional cumpre resolver relativamente á formação do estado é o problema da sua entrada na comunidade internacional e da sua participação nas garantias derivadas do direito regulador dessa comunidade, ou o problema do *reconhecimento* internacional do estado, pelo facto de aquelle entrada e aquella participação se realizarem mediante a acceitação, por parte dos estados existentes, do novo estado como participante do concerto internacional. Estudaremos, porisso, o reconhecimento no seu valor, na sua natureza, na oportunidade da sua realização, nas suas fórmas e nos seus effeitos, antepondo, contudo, a este estudo a analyse dalgumas theorias formuladas por certos escriptores com o intuito de determinar o criterio de legitimidade da constituição dos estados e do seu ingresso no concerto internacional.

73. Alguns escriptores, pretendendo dar á formação dos estados uma base legitima e á sociedade internacional um solido fundamento, tõem procurado estabelecer criterios theoricos á

luz dos quaes deveriam constituir-se e agrupar-se as unidades politicas. Desses criterios, os mais importantes e que merecem especial referencia são os que derivam da *a*) theoria do equilibrio politico, da *b*) theoria das nacionalidades, da *c*) theoria da vontade popular e da *d*) theoria das fronteiras naturaes.

a) Segundo a *theoria do equilibrio politico*, cujos traços geraes conhecemos, seria legitima a formação dum estado e legitimo o seu reconhecimento, quando esse estado representasse, no seu apparecimento, um meio de concorrer para a equiponderação das forças politicas na ordem internacional, já que o equilibrio politico consiste na coordenação dessas forças por uma fórmula tal, que o poder dos diversos estados se contrabalance no sentido de não ser possível a sua oppressão reciproca e de mutuamente se respeitarem a sua independencia e a sua inviolabilidade.

Semelhante criterio, alem de fundamentalmente desorganizador, pois suppõe as forças internacionaes em natural antagonismo, é visivelmente contradictorio, porisso que, á falta dum poder superior a todos os estados, a legitimidade da formação e do reconhecimento dum estado novo ha de ser julgada pelos estados existentes, e estes, se são antagonicos, ou se dividem naturalmente, acceitando uns e recusando outros aquella legitimidade, quando o novo estado siga a politica dalgum dos grupos de estados de tendencias oppostas, ou podem recusá-la todos, se prometter ser de indiferença a attitude da nova nação. De mais, o criterio seria sempre inteiramente arbitrario, pois, a pretexto das necessidades do equilibrio internacional, veriam muitas vezes recusado o seu reconhecimento estados que se encontrassem em condições de viabilidade politica e seriam considerados como legitimos outros a que faltassem semelhantes condições. Por ultimo, o principio do equilibrio politico, attendendo apenas ao resultado final da equiponderação das forças internacionaes, nenhuma indicação

fazia ácerca da determinação dos elementos sobre que deve assentar a constituição das unidades politicas.

Estas circumstancias levaram os publicistas a procurar um criterio harmonico e organico, que pudesse basear scientificamente a legitimidade da formação e do reconhecimento do estado. Alguns julgaram encontrá-lo no principio das nacionalidades.

b) Á luz de *theoria das nacionalidades*, seria legitima a formação e legitimo o reconhecimento do estado cuja independencia assentasse na homogeneidade de condições sociaes formada pela unidade do territorio, da origem ethnica, dos costumes, das tradições, da religião, da lingua e do grau de civilização, já que é essa homogeneidade que prepara e fórma os povos para a communidade da vida e da consciencia social. Este novo criterio é positivo, pois dá uma base natural á constituição das unidades politicas, é organico, pois torna possivel a coordenação de todos os estados dentro da sociedade internacional, eliminando o principio de antagonismo inherente á theoria do equilibrio politico, e é fecundo para legitimar fundados protestos contra a disposição arbitraria da sorte dum povo que apresente condições para viver politicamente independente. Nenhuma duvida, porisso, poderá haver em reconhecer que a theoria das nacionalidades pode offerecer um criterio para julgar da viabilidade politica dum estado que acaba de formar-se.

Comtudo, os factos não deixam dar ao criterio das nacionalidades um valor absoluto. Em primeiro lugar, a historia mostra que estados pouco homogeneos nos seus principios podem tornar-se mais tarde, por virtude dauma união prolongada, duma duradoira solidariedade de interesses e duma communidade adquirida de sentimentos, modelos de cohesão, como se todas as raças que os compõem se tivessem fundido para formar uma nação nova, como o prova a evolução politica da

França. Depois, a observação attesta que muitos dos estados existentes são formados de elementos ethnicos differentes, sem que isso obste ao seu desinvolvimento. Ainda os factos revelam que a heterogeneidade do estado pode ser um principio fecundo do seu progresso, pela concorrência de energias e temperamentos diversos que võem dar á sociedade a variedade e a riqueza das aptidões, do que a Suissa é um testemunho incontestavel. Por fim, não assenta a theoria das nacionalidades num principio tão definido, que não haja controversias quanto á determinação dos elementos formadores da nacionalidade e que porisso não imperasse largamente o arbitrio no reconhecimento da legitimidade do estado.

Portanto a ideia das nacionalidades pode ser um elemento, mas não pode acceitar-se como um principio exclusivo, para basear a formação e o reconhecimento do estado.

c) Consentaneamente á theoria da *vontade popular*, vigorosamente defendida por EDUARDO CIMBALI, só será legitima a formação e o reconhecimento do *Estado-patria* ou o estado formado em plena conformidade com a vontade do povo chamado a constitui-lo. Ao estado formado por um processo *arbitrario* (e arbitrario será todo o processo de formação de estados que não assente na manifestação da vontade do povo que os constituem), chama CIMBALI *Estado prisão*, ao qual deve ser recusada a qualidade e os direitos de pessoa internacional.

Embora seductora, enquanto tende a emancipar a vontade dos povos de toda a oppressão e arbitrio na constituição e exercicio do poder politico e lhes confere o supremo direito da liberdade de formação das unidades politicas nacionaes, defronta a nova theoria com obstaculos de ordem pratica e scientifica bastante poderosos para poder arvorar-se em criterio de legitimidade da formação e reconhecimento dos estados.

Antes de mais, involveria ella o desconhecimento das situações de facto, cujo respeito tem constituído até hoje uma

das bases do direito internacional, bem como arrastaria á remodelação da carta política do mundo civilizado para reparar as violações da vontade dos povos na constituição dos estados, e porisso depararia com uma serie de impossibilidades, diante das quaes o seu proprio auctor não alimenta grandes esperanças de successo.

Mas, suppondo mesmo a theoria praticamente realizavel, conduziria ella a uma maior liberdade e a uma justiça mais exacta, representaria um verdadeiro progresso? Não indica CIMBALI com precisão, o que parecia essencial, o que seja o povo e como deverá, porisso, determinar-se o grupo cuja vontade poderá fazer ou desfazer os estados. Rejeita, porém, a theoria das nacionalidades e renuncia ao agrupamento das diversas raças em communidades politicas separadas, o que leva naturalmente a concluir que, para o auctor, o povo não é mais que o conjuncto dos habitantes dum territorio determinado. Sendo assim, apparece immediatamente a grave difficuldade da determinação da vontade desses habitantes. Quem ha de exprimi-la, o eleitor politico ou toda a pessoa que tenha capacidade civil? Em qualquer dos casos é a vontade da maioria que decide da nacionalidade da minoria. «É isto justo, pergunta PILLET, é liberal, é humano?». «Os processos brutaes, continua o mesmo escriptor, do congresso de Vienna tçem sido muitas vezes censurados e eu não creio que elles tenham sido mais directamente contrarios ao direito do individuo do que os recommendados por CIMBALI. Alem disso, é grande a sua illusão, se pensa que os votos duma multidão ignorante e apaixonada serão mais respeitosos da justiça e dos legitimos interesses de cada um do que as resoluções duma conferencia ou do que as conclusões de diplomatas discutindo um tratado de paz ou de divisão de territorios».

Finalmente, é a theoria evidentemente contraria á função social do direito. O direito publico interno ou internacional tem

por missão estabelecer a ordem e a tranquillidade necessarias á realização da justiça e ao exercicio da actividade individual, e a doutrina de CIMBALI auctorizaria a vontade dos povos a fazer e a desfazer os estados, sendo facil prever que as organizações politicas assim creadas appareceriam para depressa desaparecerem e serem substituídas por outras tão occasionaes como as primeiras. «Nenhum estado, nota o sabio critico da theoria de CIMBALI, poderia ter a necessaria confiança no dia de amanhã, nenhuma provincia, nenhuma aldeia estaria segura da sua unidade: o mundo esgotar-se-ia em revoluções estereis e os povos acceitariam como um beneficio o jugo duma implacavel tyrannia. É necessario dizê-lo, o systema de CIMBALI não é mais que a anarchia arvorada em principio»¹.

Impõe-se, pois, a conclusão de que ainda a theoria da vontade popular não pode ser base para medir a legitimidade da formação do estado e da sua naturalização na sociedade internacional. A conformidade com a vontade popular deverá constituir um elemento de apreciação para determinar a justiça do reconhecimento, mas não tem condições para ser elevada á altura de principio decisivo da entrada dos estados novos na communitade das nações.

d) Em harmonia com a *theoria das fronteiras naturaes*, seria legitimo o estado cujo territorio tivesse limites devidamente determinados pela natureza do solo e pelos accidentes geographicos. Semelhante criterio, evidentemente incompleto, já que apenas attende a um dos elementos do estado, tem logo o inconveniente de ser extremamente vago, podendo cada um dos estados existentes apreciar a seu modo se o territorio do novo

¹ EDUARDO CIMBALI, *Della necessità di un nuovo diritto internazionale*, Roma, 1904; PILLET, *Le droit international est-il une science inique ou malfaisante?* na *R. du droit public et de la science politique*, 1904, pagg. 449 e segg.

estado é ou deixa de ser contornado por limites naturaes. A este inconveniente accresce o facto de haver estados prosperos que ou apenas tẽem limites convencionaes, como acontece com a Hollanda, ou sãõ divididos por claros accidentes geographicos, como succede com a Suissa fragmentada pelos Alpes, o que mostra que a existencia de fronteiras naturaes não é necessaria á vitalidade dum estado. Não deve ainda esquecer-se que, perante o direito internacional, não podem ter valor quaesquer considerações estrategicas para justificar o systema das fronteiras naturaes, nem estas tẽem, principalmente nos nossos dias, o valor militar que os partidarios do systema lhes attribuem.

Consequentemente, nenhum dos criterios exclusivos formulados pelos publicistas pode servir de padrão para aferir a legitimidade da formação e do reconhecimento do estado. O do equilibrio politico é desorganizador, contradictorio e empirico, o das nacionalidades é muitas vezes contradictado pelos factos, o da vontade popular indeterminado e perigoso e o das fronteiras naturaes claramente incompleto e superficial.

Como poderãõ e deverãõ, portanto, os estados existentes, que, á falta dum poder superior, sãõ os arbitros do reconhecimento dos estados novos, determinar se um estado novo deve ser reconhecido? Dado o relativismo extremo da formação de cada estado, nenhum principio geral se pode estabelecer ácerca da viabilidade politica dos estados novos, a não ser que, em cada caso, os estados existentes devem verificar se as comunidades politicas recentemente formadas apresentam os caracteres dum verdadeiro estado. Se um grupo social constitue uma comunidade independente, com uma organização regular e permanente e em relação constante com um territorio, a existencia dum estado é um facto consummado e este facto deve ser considerado sufficiente para legitimar o

reconhecimento, desde que a nova comunidade politica, pela sua organização e condições de civilização, dê garantias do cumprimento das obrigações impostas pela comunidade dos estados. A consideração das causas de formação, da maior ou menor homogeneidade de condições sociaes, bem como das manifestações da vontade popular e da existencia ou falta de fronteiras naturaes, só devem contribuir para melhor verificar a existencia das condições de cuja combinação resulta a constituição do estado e para os estados existentes se convencerem de que o ingresso do novo estado no concerto das nações não vem constituir um elemento de perturbação da ordem internacional.

74. Um estado novo entra na sociedade internacional pelo seu reconhecimento por parte dos estados existentes já membros da sociedade das nações. O reconhecimento consiste na admissão do novo estado no concerto internacional e traduz a manifestação politica da intenção de estes estados com elle estabelecerem e manterem relações internacionaes.

Não são accordes os escriptores na determinação do valor do reconhecimento internacional. Uns dão-lhe a importancia dum elemento indispensavel á formação do estado; outros consideram-no desnecessario para a existencia do estado, mas julgam-no preciso para a sua entrada na sociedade das nações; outros, finalmente, pensam que o reconhecimento não é necessario nem para a existencia do estado, nem para a sua participação no concerto internacional.

As opiniões extremas são igualmente inaceitaveis. Nem o reconhecimento é um elemento da formação do estado nem antes do seu reconhecimento o estado entra na comunidade das nações.

O reconhecimento presuppõe a existencia do estado e esta dá-se desde que se conjugam os elementos que deixamos aponta-

dos. «Um estado, diz DE MARTENS, nasce e existe por si mesmo. O reconhecimento não faz mais que constatar o seu nascimento». Assim o mostram os factos. A Suíssa, verdadeiramente independente desde o seculo XIV, só viu solemnemente proclamada a sua independencia no congresso de Westphalia; os Estados Unidos, de facto independentes desde 1776, só foram geralmente reconhecidos no tratado de Versailles de 1783; a Belgica, independente desde 1830, só foi reconhecida pelas potencias na conferencia de Londres de 1831 e pela Hollanda em 1839; Portugal, emancipado desde 1640, só foi reconhecido pela Hespanha em 1668; etc. A existencia do estado dá-se logo que se conjuguem os elementos duma organização politica independente e sobre esta é que recae o facto posterior do reconhecimento.

O reconhecimento torna-se, porém, necessario para que o estado entre na comunidade internacional. Esta necessidade deriva do significado mesmo do reconhecimento e da propria concepção da sociedade dos estados. Sendo o reconhecimento a manifestação politica da intenção de os estados existentes entrarem em relações com o novo estado e sendo a comunidade internacional constituída pela regularidade e pela permanencia de relações dos estados civilizados que pacificamente cooperam para a realização de interesses communs, torna-se evidente que o reconhecimento constitue uma condição indispensavel para que um estado entre na sociedade das nações e exerça as funções da soberania externa, já que elle só poderá relacionar-se com os países que reconheçam a sua existencia.

75. Conhecida a significação e determinado o valor do reconhecimento, importa investigar se elle constitue um direito do novo estado e uma obrigação dos estados existentes, ou se é meramente facultativo.

Pelo reconhecimento entra o novo estado na communidade das nações e este ingresso no concerto internacional deve ser por certo um direito de todo o estado que satisfaça ás condições duma organização politica independente e se mostre capaz de estabelecer relações regulares com os outros estados. A sociedade internacional é o meio natural em que precisam viver os estados que attingiram ou excederam um certo grau de civilização e, porisso, têm direito a occupar ali um lugar todas as nações cujo estado de civilização suppõe as relações internacionaes como uma condição da sua existencia e do seu desinvolvimento. Desde que o estado se apresente com todas as condições da existencia politica num grau de desinvolvimento que assegure o cumprimento das obrigações que são impostas pelas relações internacionaes, deve-lhe ser reconhecida a personalidade internacional e concedida participação no concerto das nações. «Não é permitido, escreve PRADIER, excluir um estado da sociedade das potencias, pô-lo fóra do direito internacional, como não é permitido collocar um individuo fóra da lei da humanidade».

Mas a este direito dos novos estados corresponderá uma obrigação dos estados existentes? Por certo. Faltará ao principio elementar do direito internacional que preceitua o respeito reciproco dos estados aquella nação que recuse o seu reconhecimento ao estado que reina todas as condições da existencia politica, seja apto para estabelecer relações internacionaes e dê garantias do cumprimento das obrigações impostas pela convivencia dos povos.

Encontra-se frequentemente nos internacionalistas a affirmação de que o reconhecimento é um acto inteiramente livre, mas os factos provam que, cedo ou tarde, os estados existentes reconhecem os estados novos que manifestam a sua vitalidade e a utilidade da sua existencia. A observação mostra effectivamente que o reconhecimento se tem imposto ainda

áquelles estados que são *prejudicados* pela formação dos estados novos. Foi assim que a Hespanha reconheceu os Países Baixos septentrionaes em 1648 e Portugal em 1668, que a Inglaterra reconheceu os Estados Unidos em 1783, que Portugal reconheceu o Brasil em 1825, que a Turquia reconheceu integralmente a Grecia em 1832, que a Hollanda reconheceu a Belgica em 1839, etc. Semelhante liberdade não passa, effectivamente, duma illusão produzida pela circumstancia de não haver um poder superior aos estados que faça o reconhecimento dos estados novos e de, porisso, este reconhecimento ser effectuado individualmente por cada um dos estados existentes, os quaes, escolhendo, segundo as suas sympathias, os seus interesses ou mesmo as suas convicções, momentos diversos para reconhecer os novos estados, parecem exercer uma simples faculdade e não cumprir uma obrigação. É mais ou menos livre a escolha do momento do reconhecimento, mas deixa de o ser o facto mesmo do reconhecimento.

76. Segundo a organização actual da sociedade internacional, não existe um poder central superior a todos os estados que possa effectuar o reconhecimento dos estados novos por uma fórmula geral e absoluta, e porisso é esse reconhecimento realizado individualmente por cada um dos existentes.

Constitue o reconhecimento um acto diplomatico e, como tal, pertence a sua iniciativa em cada pais á auctoridade competente, segundo a respectiva constituição, para dirigir as relações internacionaes, quer essa auctoridade seja representada por um individuo, como é o caso geral, quer o seja por uma corporação, como acontece na Suíssa, onde a direcção dos negocios externos pertence principalmente á assembleia federal ¹.

¹ Constituição federal de 29 de maio de 1874, artt. 85.º e 102.º

Segundo a nossa constituição politica, a direcção dos negocios externos pertence ao rei como chefe do poder executivo, o qual a exerce sob a responsabilidade dos seus ministros, ouvindo, em alguns casos, o Conselho de estado e submettendo á approvação das côrtes todos os tratados ou convenções celebrados com qualquer potencia estrangeira ¹.

A escolha do momento opportuno para cada um dos estados existentes effectuar o reconhecimento é um acto de arte diplomatica que exige no procedimento dos governos todo o tacto politico, para que o reconhecimento nem seja prematuro de modo a parecer uma intervenção, nem seja retardado por fórma, que a sua demora possa considerar-se como manifestação de má vontade contra o novo estado.

Não podem por certo estabelecer-se regras absolutas que devam servir de guia aos estados naquella escolha. É, porém, possivel fazer algumas indicações geraes relativas á determinação do momento em que deve ser feito o reconhecimento. Assim, se o novo estado se fórma pelo desmembramento duma provincia ou pela emancipação duma colonia e o país a que pertencia a provincia ou a colonia desmembrada reconhece o novo estado, ha desde logo a oportunidade para o reconhecimento por parte de todos os outros estados. A verdade é, todavia, que o estado prejudicado tem quasi sempre reluctancia em effectuar o reconhecimento, demorando-se, por exemplo, a Hespanha vinte e oito annos em reconhecer Portugal, e, porisso, semelhante criterio pouca applicação util poderia ter. De mais geral applicação será o principio de que um estado pode ser reconhecido desde que reúna as condições necessarias duma existencia politica independente e de que o

¹ Carta Const., art. 75.º, n.ºs 6 a 9 e art. 110.º; Acto add. de 5 de julho de 1852, art. 10.º

reconhecimento nestas circumstancias não pode ser considerado como uma offensa para a potencia que tinha interesse em obstar á formação do novo estado. Em todo o caso, o governo de cada um dos estados existentes deve ponderar prudentemente a situação do novo estado, a sua viabilidade politica, os interesses ligados ao reconhecimento, para que este seja effectuado logo que a independencia do novo estado pareça firme e elle deva entrar na sociedade das nações. Ao reconhecer os estados novos, os governos são verdadeiramente órgãos desta sociedade que por ellas realiza a acceitação das novas unidades politicas, as quaes devem entrar no concerto internacional logo que se apresentem como independentes e revistam as condições sufficientes para viver como membros da commuidade das nações.

77. O reconhecimento dum estado novo não está dependente duma fôrma externa certa e determinada. Dá-se logo que os estados existentes manifestam por um modo inequivoco a intenção de com elle entrar em relações e de o considerar como participante do concerto internacional. Pode, porisso, o reconhecimento ser *expresso* ou *tacito*.

É expresso o reconhecimento quando faz objecto duma declaração formal num tratado ou numa nota diplomatica, como aconteceu com o reconhecimento do Brasil por Portugal no tratado de 29 de agosto de 1825 e com o reconhecimento da Romania, pela Allemanha, França e Inglaterra, na nota de 20 de fevereiro de 1880 entregue pelos representantes das tres potencias ao ministro dos estrangeiros daquelle principado e pela qual os respectivos governos se declaravam dispostos a entrar em relações diplomaticas regulares com o mesmo principado.

O reconhecimento tacito, que é o mais frequente, resulta do facto de se estabelecerem relações regulares com o novo es-

tado, sem o precedente de qualquer declaração formal. Assim, as negociações diplomaticas, a recepção official de agentes diplomaticos, a celebração de tratados, são outras tantas circumstancias que revelam o reconhecimento do novo estado.

Por vezes, o reconhecimento dum estado é effectuado pelos representantes dos estados reünidos em conferencias ou congressos, nos actos finaes ou nos tratados que traduzem as conclusões das mesmas conferencias ou congressos, e porisso se tem discutido a extensão da força obrigatoria do reconhecimento assim realizado.

Se nas conferencias ou nos congressos tomam parte todas as potencias, o reconhecimento tem claramente auctoridade geral. Se, porém, as conferencias e os congressos apenas são realizados com a assistencia dum certo numero de estados, já se dividem as opiniões, sustentando alguns publicistas que em tal caso o reconhecimento é obrigatorio para os estados que não tomaram parte no congresso ou na conferencia. Comtudo, semelhante doutrina oppõe-se aos principios que regulam a extensão da força obrigatoria dos tratados, cujas determinações apenas vinculam os estados signatarios. Mas, se de direito assim deve pensar-se, de facto a decisão dum congresso será uma optima indicação para determinar a oportunidade do reconhecimento e o exemplo das grandes potencias será seguido pelos estados secundarios, os quaes, expressa ou tacitamente, cedo se determinarão a reconhecer o novo estado.

78. O reconhecimento apparece algumas vezes sob a fórma condicional. Dá-se este caso quando as potencias, admittindo um estado novo no concerto internacional, submettem essa admissão a certas condições, ou no que respeita ás relações exteriores, ou relativamente á organização interna. Isto tem acontecido apenas quando os estados são reconhecidos em congressos. Temos exemplos frisantes no tratado de Berlim de

13 de julho de 1878, em que foi reconhecida a independência do Montenegro, da Romania e da Servia, e no acto geral da conferencia de Berlim, em que foi reconhecido o Estado independente do Congo. O tratado de 1888 fez da egualdade dos direitos de todos os cidadãos, sem distincção de confissão religiosa, uma condição fundamental da admissão dos tres países no numero dos estados independentes da Europa; o acto de 1885 contém disposições relativas á prohibição do trafico de escravos e á liberdade de commercio, cuja observação constitue uma condição do reconhecimento do Estado do Congo.

Como nota DESPAGNET, a pratica do reconhecimento condicional é muito perigosa, pois leva a collocar os estados numa situação equivoca, sem um direito de soberania bem definido, e a submettê-los a uma especie de tutela das outras potencias, o que origina intervenções incessantes na administração dos estados assim reconhecidos e cria uma causa permanente de rivalidade e de conflictos entre os estados que se attribuem a missão de fazer respeitar as condições a que o reconhecimento for subordinado.

Haverá, porém, semelhança entre as condições que podem acompanhar o reconhecimento e as condições suspensivas ou resolutivas do direito privado.

Não são condições suspensivas nem da existencia do estado a que se impõem nem dos effeitos do reconhecimento, pois que o estado existe antes da realização de semelhantes condições e entra desde logo na communitade internacional. Nem são, tão pouco, resolutivas, porisso que o reconhecimento, não creando o estado nem sendo um elemento da sua formação, não pode evidentemente impôr condições cujo não cumprimento involva o desaparecimento do mesmo estado, bem como não pode, como acto de naturalização do estado na sociedade internacional, revestir o character precario dum acto cujos effeitos a todo o tempo possam ser suspensos, já que a perpetuidade

das condições do reconhecimento está em opposição com a lei natural do progresso social e politico das nações. Semelhantes condições são hoje consideradas como simples condições da garantia com que as potencias asseguram a autonomia do estado reconhecido. De modo que, se o estado reconhecido condicionalmente não cumpre as condições que acompanham o reconhecimento, não perde a autonomia interna ou externa, perdendo apenas a garantia com que as potencias lh'a asseguravam.

80. Tendo falado do reconhecimento como meio de fazer entrar os novos estados na sociedade das nações, referimo-lo claramente aos estados formados em condições de civilização identica ou semelhante á dos estados que constituem a comunidade internacional, que, segundo vimos, abrange quasi exclusivamente os povos de civilização europeia. E, effectivamente, em geral só os estados formados em taes condições de civilização podem ter o direito de participar do concerto internacional e de ser acceitos pelos estados civilizados na associação moral e juridica por elles constituida, pois aos estados formados em differentes condições de civilização falta por certo a dupla presumpção de que possuem a consciencia dos deveres que impõe a convivencia internacional e de que são dotados da força de vontade sufficiente para cumprir esses deveres. Ao reconhecimento assim limitado chamam LORIMER ¹ e BONFILS reconhecimento *pleno*, o qual, restricto até hoje aos estados de civilização europeia e ao Japão, tem como effeito dar ao estado reconhecido participação em todas as vantagens e garantias estabelecidas pelo direito internacional.

Além desta fórmula de reconhecimento, que é a que verda-

¹ *Ob. cit.*, pag. 69.

deiramente interessa ao direito internacional, referem ainda LORIMER e BONFILS um reconhecimento *parcial* e um reconhecimento *puramente humano* ou natural.

Na esphera do reconhecimento parcial ficam todos aquelles estados cujas concepções e fórma de civilização não permittem o estabelecimento dum regimen de reciprocidade de relações regulado pelo direito, como o existente entre as nações de civilização europeia, mas que apresentam uma organização politica regular e com alguns dos quaes os estados de civilização superior vão creando algumas relações convencionaes, embora os tratados respectivos sejam mais ou menos unilateraes a respeito dalgum dos contractantes. O reconhecimento parcial ainda pode variar de extensão, consoante o grau de civilização do estado a que se refere. Assim, os estados mahometanos e os estados asiaticos, como a Persia, o Siam e a China, nem serão igualmente reconhecidos, nem equiparados aos pequenos estados musulmanos e fetichistas da Africa equatorial. O reconhecimento ha de variar com as condições especiaes de civilização de cada estado e os efeitos desse reconhecimento hão de restringir-se ás possiveis relações que com elles possam manter os estados civilizados.

Na esphera do reconhecimento humano ficam, finalmente, as tribus nomadas e anarchicas, em relação ás quaes o papel dos povos civilizados deve limitar-se a respeitar, nos individuos que as compõem, os direitos geraes da humanidade.

Esta gradação da extensão dos efeitos do reconhecimento está em harmonia com a pratica geral dos povos civilizados e com as tendencias do alargamento da sociedade dos estados, como no-lo mostrou o estudo da delimitação do imperio geographico do direito internacional.

§ IV

Transformação e extincção dos Estados

SUMMARIO: — 80. As condições fundamentaes da existencia politica e a identidade do estado. Indicação geral das transformações e modificações do estado que não alteram a sua identidade. — 81. Mudanças da organização politica e do governo duma nação e a sua influencia nas relações internacionaes. — 82. O desmembramento parcial do territorio dum estado pela annexação a outro estado. — 83. O desmembramento parcial do territorio do estado pela constituição de novos estados independentes. — 84. A extincção total dos estados e os principios reguladores da sua successão. — 85. A extincção parcial dos estados e o effeito que produz na ordem internacional.

80. Formado pela integração das condições de existencia politica, o estado vive emquanto essas condições se conservam, e morre quando alguma dellas desaparece. Conserva-se, por isso, emquanto existe uma commuidade independente, organizada de modo permanente e em relação constante com um territorio, e acaba quando se desaggrega algum dos elementos — territorio, população e organização politica independente.

A permanencia do estado pela conservação das condições da existencia politica constitue a chamada *identidade do estado*.

Pode, contudo, o estado, conservando-se identico pela permanencia dos seus elementos fundamentaes, soffrer no modo

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 362 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, pagg. 248 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 114 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 99 e segg.; PRÉDILÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 115 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 62 e segg.; *R. D. I. P.*, vol. III, pagg. 613; FIORE, *Diritto internazionale publico*, pagg. 210 e segg.; HOLTZENDORFF, *Éléments*, pagg. 66; NYS, *Le droit international*, pagg. 399 e segg.; BIGLIATI, *ob. cit.*, pagg. 202 e segg.; LOMONACO, *ob. e log. cit.*; etc.

de ser desses elementos alterações mais ou menos profundas, que se reflectem na sua vida interna e affectam as suas relações exteriores. Assim, o territorio pode augmentar ou diminuir, a população crescer ou decrescer e a organização politica modificar-se mais ou menos profundamente, factos estes que, sem prejudicarem a identidade do estado, influem certamente na prosperidade dum país e fazem variar a sua situação dentro da sociedade internacional. Importa, porisso, que o direito internacional estude as transformações do estado que mais ou menos affectam o regimen juridico das suas relações exteriores e procure fixar as consequencias determinadas por essas transformações na ordem internacional.

As modificações do estado que não prejudicam a sua identidade e podem interessar as relações internacionaes são de duas ordens, referindo-se quer á sua *organização politica* ou ao seu *governo*, quer á sua *constituição territorial*. As primeiras dão se quando se substitue o regimen politico duma nação ou apenas se substituem, pacifica ou violentamente, dentro do mesmo regimen, os órgãos do governo superior do estado; as segundas têm logar quando o territorio do estado augmenta por uma anexação ou diminue por um desmembramento, podendo ainda o territorio desmembrado ser destinado a uma simples anexação ou á constituição dum novo estado. Estudaremos, porisso, successivamente, primeiro, as mudanças de constituição politica ou de governo, depois, a anexação parcial e correlativo desmembramento, por fim, o desmembramento territorial para a constituição de estados novos.

81. São frequentes as mudanças da constituição politica dos estados, pela transformação do respectivo regimen politico, e são de todos os dias a successão dos chefes do estado e a substituição dos governos. É, comtudo, principio assente em direito publico e em direito internacional que as alterações

desta ordem em nada mudam a situação jurídica internacional dum estado. A forma politica duma nação e o seu governo são manifestações da soberania interna e as suas modificações nenhuma influencia exercem sobre a personalidade jurídica do estado na ordem internacional. Governada por uma certa forma depois de o ter sido doutra, a nação é sempre a mesma e os seus direitos e os seus deveres, em face dos outros estados, conservam-se inalterados.

Deve, porém, observar-se que o regimen interior dum estado e a orientação do seu governo caracterizam a sua situação dentro da sociedade internacional, dependendo muitas vezes a sympathia e a confiança das potencias do modo por que numa nação está organizado o poder politico e dos processos de governo usados pelos representantes da soberania nacional.

É de notar ainda que, nos usos internacionaes, é seguida a pratica de notificar ás potencias, para com ellas manter boas relações, a mudança de regimen politico e mesmo o advento regular dum novo soberano ou dum novo chefe de estado, e que, quando o governo dum país é completamente novo, ou contestado, costuma este pedir o seu reconhecimento, podendo a sua recusa produzir o rompimento das relações internacionaes, como aconteceu entre a Itália e a Baviera e outros estados allemães, quando Cavour retirou aos seus consules o *exequatur* pelo facto de estes estados se recusarem a acceitar os actos praticados pelo rei da Sardenha como rei da Itália, e até levar á declaração da guerra, o que teve logar entre a Inglaterra e a Hespanha e a França, pela obstinada recusa destas potencias em reconhecer o governo de Cromwell ¹.

¹ Em tempos passados, enviavam os principes catholicos, por occasião da sua ascensão ao throno, uma embaixada especial ao Papa, chamada *embaixada de obediencia*, para o certificar da sua submissão e respeito filial. Ha muito, porém, que caiu em desuso semelhante pratica diplomatica.

O principio de que a identidade do estado prevalece através das transformações politicas produz importantes consequencias de ordem internacional.

A primeira consequencia é que os direitos e deveres internacionais dum estado, adquiridos ou constituídos sob o imperio dum determinado regimen politico ou sob a responsabilidade dum determinado governo, acompanharam o mesmo estado na transformação do regimen ou na mudança do governo.

Este principio applica-se tanto na hypothese de a um regimen politico succeder outro dum modo permanente, como no caso de simples *interregno*, isto é, quando um systema politico é suplantado temporariamente por um novo regimen e, afinal, é restaurado o regimen antigo. Ainda os compromissos internacionais assumidos durante o interregno são obrigatorios para os governos da restauração. O governo intermediario, desde que, de facto, se affirme como órgão regular da soberania nacional, representa a identidade e a personalidade do estado nas relações internacionais, e os actos por elle praticados obrigam naturalmente os que lhe succederem no exercicio da soberania e na representação do estado.

Torna-se, porém, necessario fazer uma reserva, e é que o regimen do interregno deve ter realmente governado em condições de estabilidade e de independencia, pois, tratando-se apenas duma revolução ephemera, que não deteve o poder dum modo efficaz, ou do chefe duma insurreição que não pôde manter nem impôr a sua auctoridade durante um tempo sufficiente, os actos praticados pelo governo provisorio revolucionario ou insurreccional não obrigam o governo legitimo. Em todo o caso, como nota DESPAGNET, um país é sempre responsavel pelos actos dum poder insurreccional e sem qualidades para o representar, até á concorrência das vantagens que lhe advêm desses actos.

O principio estabelecido applica se principalmente aos a) tratados e á b) divida publica.

a) *Tratados*. A conservação dos tratados é independente da permanencia do governo que os conclue. Os governos celebram-os como representantes do estado, e, qualquer que seja a auctoridade que, num dado país, negocia e ratifica os tratados, é sempre a nação que adquire direitos ou contráe obrigações, e, porisso, é doutrina corrente que o estado de coisas creado por uma convenção subsiste quando muda o governo ou a constituição dum estado.

Este principio é universalmente admittido e foi solemnemente consagrado pelas cinco grandes potencias no protocollo de Londres de 19 de fevereiro de 1831, nos termos seguintes: «os tratados não perdem a sua auctoridade, quaesquer que sejam as mudanças operadas na organização interior dum povo».

A regra da permanencia dos tratados através das transformações politicas não alcança os tratados a que os velhos auctores chamavam *pessoaes*, isto é, os celebrados no interesse dum monarcha ou duma dynastia e que desaparecem com a morte do monarcha ou com a extincção da dynastia. Destes tratados (cuja importancia é hoje muito secundaria, pela consideração de que, segundo o moderno direito publico, são as nações as verdadeiras partes contractantes nos tratados, não passando os seus plenipotenciarios ou soberanos de seus representantes, e de que os verdadeiros tratados são todos *reaes*, isto é, fundados no interesse immediato do estado) temos exemplos no tratado concluído entre Luís XIV e Thiago II Stuart, em que o rei de França se compromettia a fornecer a Thiago II tropas e dinheiro para elle luctar com o povo inglês até lhe ser restituído o throno, e ainda no accordo entre Napoleão III e Maximiliano de Austria, para manter este como imperador do Mexico.

b) *Divida publica*. A permanencia da identidade do estado

*

através das transformações políticas produz a responsabilidade indefinida do estado pelas suas dividas. É o principio geralmente seguido desde GROCIO. Apesar das transformações políticas, o estado continua a ser a mesma pessoa em direito internacional, representando a individualidade do mesmo povo e conservando a posse do mesmo territorio, mudando apenas a forma accidental e mantendo-se a forma essencial da nação, justo é que o novo regimen politico, a nova dynastia, o novo soberano ou o novo governo continuem a personalidade economica da nação, responsabilizando-se pelos compromissos anteriormente contraídos. Podem os novos representantes do estado discutir a regularidade da contracção das dividas publicas, mas não podem furtar-se ao cumprimento das dividas regularmente contraídas.

O mesmo principio tem applicação ás obrigações derivadas dos prejuizos causados ás outras potencias pelos representantes do estado. Os diversos governos que se succedem, continuando a identidade do estado, são todos igualmente responsaveis por esses prejuizos.

83. A perda duma parte do territorio do estado e a sua annexação por outro estado não prejudica a identidade da existencia politica, mas produz importantes effeitos de ordem internacional, que vamos verificar successivamente no que respeita *a)* á constituição politica, *b)* á legislação, *c)* aos tratados, *d)* ás dividas e aos encargos publicos, *e)* ao dominio publico e privado do estado e *f)* aos creditos publicos.

a) Constituição politica. O desmembramento duma parte do territorio dum país e a sua annexação a outro país representam a passagem duma para outra soberania e, porisso, torna-se evidente que a provincia ou provincias annexadas perdem as instituições politicas do estado desmembrado, e compartilham das do estado annexador, já que as instituições politicas são

manifestação immediata da soberania como afirmação da vontade nacional na organização do poder politico. Esta assimilação politica produz-se ainda no caso de nos territorios annexados haver individuos com direitos senhoriaes, direitos que caducam, se a constituição do estado annexador os não admitte e o tratado de annexação os não resalva, sendo, porém, justo que, na hypothese de a privação de taes direitos redundar num prejuizo economico, se conceda aos seus antigos titulares uma conveniente indemnização.

b) *Legislação.* Em principio, porque a legislação é considerada como emanação da soberania do estado, o territorio annexado fica desde logo sujeito ás leis do estado annexador.

Todavia, porque as leis dum povo são a expressão viva do seu character e dos seus costumes e se devem presumir as mais apropriadas ás suas necessidades, os estados annexadores conservam, por vezes, nos territorios annexados, as leis do estado desmembrado, modificando-as só á medida que se opera a assimilação desses territorios ás suas novas condições de existencia social. Assim procedeu a Allemanha na annexação da Alsacia-Lorena, começando por deixar ahi em vigor as leis francesas, para progressivamente lhes substituir a sua propria legislação.

Em nome da mesma ordem de considerações, intende-se geralmente que as leis do estado annexador só obrigam nos territorios annexados depois de serem expressamente promulgadas para esses territorios, não se julgando, porém, necessaria uma promulgação individual para cada lei, mas apenas a promulgação em globo das differentes leis. Esta solução juridica e equitativa foi adoptada pela Revolução e pelo primeiro Imperio, que não impuseram as leis francêsas aos países annexados senão depois de expressa promulgação, e isto quando não deixavam em vigor as suas leis civis.

Deve, porém, observar-se que o pensamento geral se não

pronuncia pela vigencia de todas as antigas leis nacionaes dos territorios annexados até á promulgação das leis do estado annexador. Assim, a jurisprudencia franceza, exigindo a promulgação das leis civis e criminaes, considera em vigor as leis constitucionaes, as de policia e as de segurança geral desde a data da annexação. DESPAGNET nota a contradicção resultante da differença estabelecida entre as leis criminaes e as de policia ou segurança geral e parece admittir a necessidade de promulgação para todas as leis. PIÉDLIÈVRE, por seu turno, intende que, fóra das leis constitucionaes, todas as demais devem ser expressamente promulgadas para os territorios annexados. Tambem assim pensamos, pois, se as leis constitucionaes são naturalmente de applicação immediata, não se compreendendo, por exemplo, que continue monarchica uma provincia annexada a um estado republicano, todas as outras leis, embora de ordem publica, mais ou menos interessam os particulares, devendo estes ser advertidos do seu caracter obrigatorio para ficarem sujeitos ao seu cumprimento. Não será a solução mais harmonica com o rigor das theorias politicas, mas é por certo a mais justa e equitativa, attentas as circumstancias especiaes dos territorios annexados.

c) *Tratados*. O caso de annexação que vamos estudando importa a solução de dois problemas no que respeita aos tratados do estado desmembrado e do estado annexador celebrados anteriormente á annexação, relativo o primeiro á situação do territorio annexado em face dos tratados do estado annexador e referente o segundo á posição deste ultimo em face dos tratados do estado desmembrado na applicação que elles possam continuar a ter quanto ao territorio em questão.

O primeiro problema resolve-se no sentido da applicação dos tratados do estado annexador aos territorios annexados, porisso mesmo que estes passam, pelo facto da annexação, a fazer parte integrante daquelle estado. Esta solução é apenas

discutida relativamente aos tratados de commercio, intendendo alguns escriptores que estes tratados não devem alargar-se aos territorios annexados, pois que semelhante alargamento poderia prejudicar alguma das partes contractantes, já que o modo de ser economico do territorio annexado pode vir modificar as condições economicas do estado annexador que levaram á celebração do tratado.

Comtudo a doutrina mais segura parece ser a de que todos os tratados do estado annexador devem applicar-se, desde a annexação, ao territorio annexado, já porque este fórma parte integrante do mesmo estado, já porque seria difficil applicar um tratado de commercio apenas a alguns centros commerciaes dentro do mesmo país, já mesmo porque o facto da annexação pode deixar na mesma situação o modo de ser economico geral do estado annexador. Deve, porém, ficar salvo para cada uma das partes contractantes o direito de denunciar o tratado, quando effectivamente a annexação venha alterar as condições economicas por maneira, que a continuação do tratado represente um prejuizo real para qualquer dellas.

Não é tão simples a solução do segundo problema.

O estado desmembrado, conservando a sua personalidade internacional, seja qual fôr a extensão do seu territorio, continua depois do desmembramento a ser obrigado pelos tratados que tenha concluído anteriormente. Mas subsistirão semelhantes tratados a respeito do territorio desmembrado, ainda depois da annexação?

São accordes os auctores em considerar obrigatorios para o estado annexador os tratados que modificam a condição internacional particular do territorio annexado, quer esses tratados criem vantagens especiaes quer imponham encargos excepçionaes áquelle territorio, como são todos os tratados que tenham por objecto a delimitação de fronteiras do mesmo territorio, a constituição de servidões internacionaes, a navegação fluvial,

a viação terrestre, a neutralidade permanente, etc. O estado annexador, incorporando o territorio desmembrado, deve acceitá-lo nas condições em que elle se encontra perante os compromissos internacionaes.

Passando dos tratados de *incidencia local* aos tratados geraes, o accordo ainda continua no que respeita aos tratados politicos, como os tratados de alliança, sendo unanime o pensamento scientifico em não os considerar obrigatorios para o estado annexador. Semelhantes tratados, concluidos em virtude das condições e relações especiaes do estado desmembrado, não podem obrigar o estado annexador, a não ser que este tenha tomado parte na convenção primitiva.

Apparecem, porém, as divergencias relativamente aos tratados de commercio. Sustentam alguns publicistas que estes tratados devem continuar a reger o territorio desmembrado, pela razão de que os interessados os concluíram tomando em consideração o algarismo das suas populações respectivas e a importancia das transacções commerciaes antes da annexação e de que seria injusto que um dos contractantes se visse privado duma parte das vantagens que esperava, por virtude dum facto a que elle fôra èstranho. Outros, porém, intendem, e a sua doutrina é a praticamente seguida, que os tratados de commercio do estado desmembrado não devem acompanhar os territorios annexados, já porque a pratica contraria constituiria um serio obstaculo á assimilação desses territorios, já porque, sendo difficil, se não impossivel, estabelecer uma barreira alfandegaria entre o antigo e o novo territorio do estado annexador, viriam os productos estranhos, mediante as facilidades de tal ou qual tratado de commercio, prejudicar a economia geral deste estado. E, se effectivamente as partes contractantes julgarem que a restricção territorial dos tratados de commercio vem perturbar o regimen economico por elles estabelecidos, tõem deante de si o duplo recurso ou de modificar convenien-

temente esses tratados ou de os denunciar por haverem mudado as circumstancias que os determinaram.

Quanto aos demais tratados do estado desmembrado, a solução varia, segundo esses tratados têm por fim assegurar o funcionamento dum serviço publico, como são as relações postaes ou telegraphicas, ou são destinados a proteger interesses de ordem privada, como a propriedade literaria e artistica ou a execução de sentenças. Quanto aos primeiros, nada se oppõe á sua conservação emquanto o estado annexador não intenda que deve introduzir modificações na organização dos respectivos serviços. Relativamente aos segundos, celebrados as mais das vezes por virtude de character especial da legislação do estado desmembrado applicavel aos territorios annexados, parece logica a doutrina de que semelhantes tratados devem subsistir emquanto o estado annexador não modifique ou substitua aquella legislação.

d) *Divida publica.* O facto de a divida publica ser uma especie de instituição geral dos estados modernos faz nascer a interessante questão de determinar qual deve ser a situação do estado annexado perante as dividas do estado desmembrado e qual a do territorio annexado perante as dividas do estado annexador.

O primeiro aspecto da questão ainda apparece sob um duplo ponto de vista, pois se trata ou de dividas especiaes das regiões annexadas, ou de dividas geraes do estado desmembrado.

As primeiras, que ou são dividas contraídas no interesse exclusivo dos territorios desmembrados e na linguagem diplomatica têm o nome de *dividas hypothecadas*, ou são dividas locaes a cargo dos corpos administrativos existentes nos mesmos territorios, devem passar com estes para o estado annexador, quer este as tome immediatamente a seu cargo ou as faça pesar sobre as corporações administrativas que venham

a estabelecer-se nos territorios annexados. É a doutrina unanimemente seguida pelos escriptores.

É já, contudo, controvertida a participação do estado annexador nas dividas geraes do estado desmembrado. Alguns publicistas isentam o estado annexador de tal participação, fundando-se em que o Estado desmembrado, seja qual fôr a importancia da deminuição do seu territorio, conserva sempre a sua personalidade juridica e, porisso, nunca deve deixar de ser integralmente responsavel pelos seus compromissos, do mesmo modo que um individuo não poderia prevalecer-se da perda duma parte do seu patrimonio para se subtraír na mesma medida ao cumprimento das suas obrigações. Segue, porém, a opinião contraria a maioria dos escriptores, sendo inteiramente convincentes as suas razões, que se reduzem a duas principaes. A primeira é que as dividas contraídas por um estado em vista do interesse geral dos seus membros pesam igualmente sobre todas as partes do territorio e, porisso, se uma parte deste territorio vem a destacar-se, deve acompanhá-la a parte da divida que lhe pertence; a segunda consiste em que as dividas serviram para realizar melhoramentos de que os territorios annexados aproveitaram no passado e de que todos ainda aproveitarão no futuro, sendo, portanto, equitativo que o estado cessionario, assim como colhe os fructos das despesas feitas, assim tambem tenha uma parte equivalente no seu pagamento.

Mas, admittida a participação do estado annexador na divida geral do estado desmembrado, resta determinar o *quantum* dessa participação. Tres processos têm sido aconselhados para chegar a este resultado. Um toma como indicador a extensão territorial do desmembramento e por ella fixa a quota parte da divida que cabe ao estado annexador, attribuindo-lhe, por exemplo, um quinto da mesma divida, se a um quinto do territorio do estado desmembrado fôr egual aquelle desmem-

bramento; outro attende ao algarismo da população do territorio annexado e attribue ao estado annexador uma parte da divida do estado desmembrado correspondente áquella população, mediante um calculo semelhante ao empregado no processo antecedente; outro, finalmente, fixa o encargo do estado annexador pela importancia dos impostos que ao estado desmembrado pagava o territorio annexado, relacionando a participação na divida com a cifra do imposto.

A simples referencia dos tres processos revela a superioridade do ultimo como meio de tornar equitativa a participação do estado annexador na divida do estado desmembrado. Efectivamente, nem a riqueza publica se distribue mathematicamente pelas differentes provincias do estado, para ser justo o simples criterio geographico, nem ha relação de proporcionalidade entre a riqueza geral e o numero de habitantes de determinada região, para ser de seguir o criterio demographico, ao passo que, devendo presumir-se que o imposto se encontra distribuído em harmonia com as manifestações locais da riqueza publica, fica patente a equidade e a justiça do criterio tributario.

No seu segundo aspecto, o problema é resolvido unanimemente no sentido de que as regiões annexadas devem contribuir para o pagamento das dividas do estado annexador segundo as leis fiscaes deste estado, a não ser que se disponha o contrario no tratado de annexação. Porque as dividas publicas são contraídas pelos estados para custear despesas cujos effeitos se fazem sentir ainda no futuro e para attender a um fim geral e permanente, intende-se que é justo que as regiões annexadas, ligadas ao destino do estado annexador e partilhando das suas vantagens, fiquem igualmente sujeitas aos seus encargos, concorrendo para o pagamento do juro e para o reembolso do capital dos seus emprestimos na medida determinada pelas leis tributarias.

Os principios reguladores da condição do estado annexador

e do territorio desmembrado no que respeita aos encargos resultantes da divida publica applicam-se egualmente aos encargos provenientes de outras causas. Os encargos especiaes dos territorios annexados acompanham-nos na sua mudança de soberania, os encargos geraes do estado annexador ficam pesando sobre aquelles territorios, e dos encargos geraes do estado desmembrado deve participar em justa proporção o estado annexador, ficando, porém, resalvadas as disposições em contrario dos tratados de annexação,

Relativamente, por fim, aos compromissos do estado desmembrado para com particulares, a doutrina geralmente seguida é que o estado annexador lhe succede nos compromissos relativos aos territorios annexados e não participa naquelles que interessam ao estado desmembrado considerado no seu conjuncto, como acontece, por exemplo, com os fornecimentos militares.

e) *Dominio publico e privado do estado.* Os bens do dominio publico passam, com a região annexada, com o seu character e com a sua condição juridica, para o poder do estado annexador. Sobre taes bens o estado desmembrado não tem rigorosamente um direito de propriedade, mas simples direitos de soberania, e estes são transferidos, pela cessão do territorio, para o estado cessionario. Consagrados ao serviço publico das provincias annexadas, devem aquelles bens ter o mesmo destino depois da annexação e por isso fazer parte do dominio publico do estado annexador.

Se, comtudo, se tratar dum estabelecimento publico, por exemplo um hospicio, affecto não só ás populações annexadas mas ainda a outras que fiquem sujeitas ao estado desmembrado, e este ultimo fôr obrigado a fazer novas despesas para attender as necessidades das populações não annexadas, é justo que receba uma indemnisação correspondente ao beneficio de que é privado.

Os bens patrimoniaes do estado desmembrado continuam, segundo a melhor opinião, a ser propriedade sua, já que elle os possui como pessoa moral e a annexação só pode alcançá-lo como poder politico e soberano. De facto, todavia, para evitar que o estado desmembrado continue a ser proprietario em territorio pertencente a outro estado, são quasi sempre cedidos ao estado annexador os bens patrimoniaes do estado desmembrado situados no territorio annexado, mediante uma indemnização conveniente.

Os caminhos de ferro que constituem propriedade do estado desmembrado e são por elle explorados passam immediatamente para o estado annexador, como outras tantas dependencias do dominio publico situadas no territorio annexado. Quando, porém, ao estado apenas pertence a mera propriedade dum caminho de ferro, por a sua exploração e usufructo haverem sido concedidos a uma companhia por um prazo mais ou menos longo, o principio é que a propriedade passa logo para o estado annexador e a companhia deve conservar os seus antigos direitos, uma vez que se conforme com as leis e regulamentos do nove estado. Praticamente, contudo, ou para evitar o funcionamento no proprio territorio duma sociedade estrangeira ou para ter sob a sua immediata fiscalização um serviço publico tão importante como o dos caminhos de ferro, o estado annexador usará frequentemente do direito de resgate que pertence ao estado dosmembrado. Foi assim que o artigo 1.º da convenção adicional de Francfort, de 11 de dezembro de 1871, impôs á França o resgate da parte da rede de Este cedida á Allemanha, mediante o pagamento por este ultimo estado de 325 milhões imputaveis na indemnização de guerra.

f) *Creditos publicos.* Os creditos proprios dos territorios annexados como personalidades juridicas são por elles conservados na sua passagem para o estado annexador, cujas leis

definirão a sua situação patrimonial como collectividades administrativas.

Os credits do estado desmembrado continuam pertencendo-lhe integralmente. Nelles não tem partilha o estado annexador. Fazem parte dos bens patrimoniaes do estado desmembrado, o qual pode dar ás quantias que lhe são devidas o destino que julgue mais conveniente, sem estar obrigado a applicá-las ás provincias desmembradas, se ellas se conservassem sujeitas ao seu dominio.

Os credits do estado annexador, como parte dos seus bens patrimoniaes, são exclusivamente seus e nenhum direito sobre elles adquirem as provincias annexadas. Só ao governo compete dar-lhes destino, o qual os applicará livremente em beneficio de qualquer das provincias existentes ou das novamente adquiridas.

Da attribuição das tres ordens de credits aproximaremos, por certa analogia, a repartição entre o estado desmembrado e o estado annexador dos impostos a cobrar no anno da annexação no territorio annexado. A solução racional é a divisão entre os dois estados do montante desses impostos proporcionalmente ao tempo decorrido antes e depois da data da annexação, a qual marca a mudança de soberania. Esta data marca tambem a mudança da competencia para a cobrança dos impostos, a qual, depois de realizada a annexação, só pode pertencer ao estado annexador.

Sob outros aspectos ainda interessa ás relações internationaes o caso da ennexação que temos estudado, como no que respeita, por exemplo, á nacionalidade dos individuos dos territorios annexados, e ao destino dos julgamentos proferidos bem como dos processos pendentes ao tempo da annexação, mas reservamos para logar mais opportuno a determinação dos demais effeitos da presente fórma de transformação da constituição territorial dos estados.

83. Quando o territorio desmembrado passa a constituir um estado independente, como acontece com a emancipação duma colonia ou com a separação de uma ou mais provincias que, por um modo pacifico ou violento, conseguem a autonomia politica, fórma-se uma nova personalidade internacional, que substitue parcialmente o antigo estado, succedendo em alguns dos seus direitos e obrigações tanto nacionaes como internacionaes. Importa, porisso, determinar a sua situação juridica, tanto em face do estado *prejudicado*, como em presença dos demais estados existentes com elle relacionados, procurando fixar a parte do *patrimonio* do velho estado transmittida ao estado novo. Assim o tentaremos fazer sob os aspectos considerados no numero antecedente.

a) *Constituição politica e legislação.* A separação politica duma provincia ou duma colonia, quebrando os laços que as prendiam á soberania dum estado existente, attribue-lhes evidentemente o character de unidades nacionaes autonomas e soberanas e, portanto, confere-lhes o direito de se organizarem livremente pelo modo mais em harmonia com as condições sociaes e com as aspirações da vontade colectiva e de disciplinarem juridicamente as relações sociaes mediante os preceitos legislativos mais consentaneos ás necessidades geraes, embora o novo estado opte por um regimen politico semelhante ao do estado desmembrado, quando o seu modo de ser social assim o aconselhe, e conserve mais ou meños as leis deste estado para não perturbar a sequencia natural da evolução juridica.

Como no caso de desmembramento seguido de anexação, deve estabelecer-se a distincção entre tratados de incidencia local, que modificam a condição internacional particular do do territorio desmembrado, e os tratados geraes, que estabelecem obrigações entre os estados sem involverem a modificação dum ponto determinado do territorio.

Os primeiros, que, como escreve PIÉDLIÈVRE, criam obri-

gações *reales*, quando se referam ao territorio desmembrado e constituido em estado independente, devem ser para este obrigatorios. A extensão dos direitos da nova soberania sobre o territorio deve ser medida pela latitude dos que pertenciam ao antigo estado. Trata-se duma situação jurídica internacional estabelecida para os estados interessados, que a mudança de soberania não deve alterar. Se o novo estado pretende entrar no concerto internacional e obter o reconhecimento dos estados existentes, é evidente que não pode começar por desconhecer a condição internacional do territorio em que se encontra estabelecido.

Todavia, os tratados geraes, que, na expressão do escriptor acima citado, determinam obrigações *personales* e pelos quaes os estados em certo modo se associam para realizar certos fins communs, como são os tratados de alliança e de commercio ou os relativos aos correios, telegraphos, á protecção da propriedade industrial, etc. não podem obrigar o estado novamente constituido. Estes tratados, alem de criarem entre os estados contractantes uma especie de sociedade convencional que não pode alargar-se a quaesquer outros estados sem a sua expressa acceitação, fundam-se numa reciprocidade de interesses dos pactuantes que pode deixar de existir para com o estado novo, pelo que seria injusto sujeitar este a obrigações contractuaes que podem involver o sacrificio da sua conservação ou do seu desinvolvimento.

c) *Divida publica*. O estado formado por separação ou por emancipação é naturalmente obrigado pelas dividas contraídas no interesse directo e immediato do territorio desmembrado. Herdando os beneficios resultantes dessas dividas, como estradas, caminhos de ferro, canaes, etc., deve succeder nos encargos por ellas creados.

Mas tambem deverá o novo estado ficar responsavel por alguma parte das dividas geraes do estado antigo? Assim se

intende geralmente e tambem assim o pensamos, pelo justo motivo de que, tendo sido as dividas geraes contraidas e applicadas no interesse de todo o estado e, portanto, no interesse do territorio desmembrado, o estado ahi constituído deve tomar sobre si o encargo duma parte dessas dividas. A melhor medida equitativa desse encargo será o criterio tributario que acima deixamos referido.

d) *Dominio do estado e creditos publicos.* A situação do estado novo em relação ao dominio e creditos do estado antigo é semelhante á situação do estado annexador em relação ao estado desmembrado, sendo porisso applicaveis os principios acima estabelecidos.

84. Temos considerado até aqui casos de modificação do estado que, embora exerçam maior ou menor influencia nas suas relações exteriores, não alteram a sua identidade e, portanto, deixam prevalecer a sua personalidade internacional. Apontaremos agora casos de extinção do estado e determinaremos os efeitos por ella produzidos. Começaremos pelos casos de extinção total.

A extinção total dum estado pode dar-se nos tres casos de annexação dum estado a outro estado existente, de fusão de varios estados num estado só, e de fraccionamento dum estado unico em varios estados independentes.

a) *Constituição politica, legislação e tratados.* Em qualquer dos casos de extinção dos estados, desaparece a sua constituição politica como manifestação duma soberania e duma vontade collectiva que se extinguem. Essa constituição é substituída pela do estado annexador, pela adoptada pelos estados que se reúnem num estado unico, ou pela preferida por cada uma das fracções do estado desmembrado.

Tambem a legislação dum estado que se extingue perde naturalmente a sua força obrigatoria, pois acaba a soberania que

é o seu apoio e deixa de existir a vontade collectiva que é a sua fonte originaria. Todavia, nem sempre a extinção dum estado marca o termo da vigencia das suas leis. No caso de annexação tem logar o que acima dissemos acerca da annexação parcial. No caso de fusão, o estado novo attenderá por certo ao direito dos estados extinctos quando procure realizar a unificação legislativa e, no caso de fraccionamento, as leis do estado fraccionado serão por muito tempo applicadas nos estados que lhe succederem.

Para determinar o destino dos tratados, torna-se necessario isolar a hypothese de annexação das de fusão e fraccionamento.

Se um estado se extingue por annexação, são applicaveis os principios estabelecidos para a hypothese de annexação parcial.

Se a extinção provém de fusão ou fraccionamento, o estado ou os estados novos devem respeitar e executar os tratados geradores de obrigações *reales* dos estados ou do estado extinto, isto é, os tratados que definem ou modificam a condição internacional particular do seu territorio.

Os tratados determinantes de obrigações *pessoaes* dos estados extinctos não podem vincular as novas personalidades internacionais que succederem áquelles estados. Assim os tratados politicos e os tratados de commercio acabam naturalmente, pois mudam as condições e os interesses que os explicam, e não poderão subsistir os tratados que têm por fim assegurar o funcionamento dum serviço publico ou coordenar divergentes disposições legislativas, já que os novos estados podem e devem desde logo organizar os seus serviços geraes e fixar a sua legislação.

b) *Divida publica, bens do estado e creditos publicos.* O estado annexador, o estado fusionario e os estados fraccionarios representam, segundo o conceito geral, a personalidade economica e fiscal dos estados supprimidos e são successores, sem beneficio de inventario, dos seus encargos e dos seus bens.

O estado annexador é successor universal das dividas, bens e creditos do estado annexado; o estado fusionario fica em situação igual em face dos estados que entraram na fusão; e estados fraccionarios succedem proporcionalmente nas dividas e nos bens do estado fraccionado. Este principio de proporcionalidade deverá applicar-se do modo seguinte: na divisão dos encargos do estado extinto, será attribuída a cada um dos novos estados toda a divida que pesar especialmente sobre o seu territorio e uma parte da divida geral calculada segundo o criterio tributario já conhecido. Os bens do dominio publico passam para o estado em cujo territorio estiveram situados, segundo a doutrina acima estabelecida. Os bens patrimoniaes e os creditos, os quaes só indirectamente servem para realizar fins de utilidade publica, devem ser, em harmonia com a doutrina corrente, partilhados proporcionalmente á população, á excepção, porém, dos immoveis, que devem ser sempre attribuídos ao estado em cujo territorio ficarem situados, entrando comtudo em partilha o seu valor.

As dividas, bens e creditos das collectividades administrativas acompanham-nas na sua passagem para os novos estados, cujas leis regularão o seu destino ¹.

85. A extincção parcial do estado dá-se quando por um laço de subordinação, como acontece na vassallagem e no protectorado, ou por um laço de associação, como succede na união real, na federação ou na confederação, é limitada a sua soberania.

No caso de subordinação, o estado subordinado conserva a sua constituição e as suas leis, a não ser que, no tratado de vassallagem ou de protectorado, o suserano ou o protector lhe imponham qualquer modificação politica ou legislativa. Os tra-

¹ BLUNTSCHLI, *ob. cit.*, §§ 16 e segg.

tados celebrados pelos estados que passam a ser vassallos ou protegidos conservam-se, quando compatíveis com a nova condição desses estados, e, quando incompatíveis, os contractantes podem oppôr-se á vassallagem ou á protecção, aconselhando, porisso, RIVIER que, em semelhantes casos, o futuro estado suserano ou protector se intenda previamente com as potencias interessadas para prevenir as difficuldades que possam derivar dessa incompatibilidade ¹. As dividas, bens e creditos continuam a cargo ou na posse dos estados meio-soberanos, visto a meia-soberania deixar em pé a sua personalidade economica e fiscal.

Nos casos de união real, de federação e de confederação, mantem-se a constituição e a legislação dos estados unidos, federados ou confederados em tudo que não fôr modificado no acto da união, na constituição ou no pacto federal.

Os tratados creadores de obrigações *reaes* mantêm-se, como em todas as hypotheses anteriores, e os tratados determinantes de obrigações *pessoaes* subsistem sempre que, pela união ou associação dos estados, elles não tenham perdido o seu interesse, ou a sua conservação e disposições não sejam contrarias ao acto da união ou da associação. As dividas, os bens e os creditos dos differentes estados unidos ou associados conservam-se naturalmente a seu cargo ou na sua propriedade, continuando nesses estados, como continua, a sua personalidade fiscal e economica. Ficando os estados particulares encarregados de gerir as finanças e de custear as despesas que lhes são proprias, nenhuma razão ha para impôr ao póder central da união, da federação ou da confederação a responsabilidade de obrigações que elle não contraiu, assim como não a ha para lhe attribuir a propriedade dos bens e dos creditos de cada um dos estados particulares.

¹ *Ob. cit.*, tom. II, pag. 142.

SECÇÃO II

As sociedades e os individuos

§ I

A Igreja catholica ¹

SUMMARIO : — 86. A Igreja Catholica como instituição internacional. — 87. Formação historica do systema de relações diplomaticas entre a Igreja e os estados catholicos. — 88. A suppressão do poder temporal e a sua influencia na vida internacional da Igreja. — 89. Situação actual da Santa Sé nas relações internacionaes. Lei italiana das *garantias* de 13 de maio de 1871. Caracter desta lei.

86. A humanidade assumiu evolutivamente a fórma geral dum organismo de estados. Dentro, porém, deste organismo e entrelaçando as unidades nacionaes que o compõem, vivem entidades associativas, que, pela sua natureza, pelo seu fim ou pelo seu desinvolvimento, ultrapassam os limites dum estado,

¹ BLUNTSCHLI, *De la responsabilité e de l'irresponsabilité du pape dans le droit international*, trad. de RIVIER, Paris, 1876; BOMPARD, *Le pape et le droit des gens*, Paris, 1888; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 193 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 162 e segg.; RIVIER, *Principes*, tom. I, pagg. 120 e segg.; FIORE, *Trattato*, tom. I, pagg. 462 e segg., e *Diritto internazionale codificato*, pagg. 31 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 426, e tom. II, pagg. 150 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 547 e segg.; PIERONTONI, *L'incapacite des états d'acquérir par succession dans un pays étranger*, na *R. D. I.*, 1903, pagg. 435 e segg.; FLAISCHLEN, *La situation juridique du pape comme chef suprême de la religion catholique*, na mesma revista, 1904, pagg. 85 e segg.; NYS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 297 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 324 e segg.; etc.

e vivem os individuos, os quaes muitas vezes exercem a sua actividade fóra do seu país na expansão das suas aspirações ou na realização do seu destino. Porisso, o direito internacional, como principio disciplinador da sociedade das nações, ao mesmo tempo que regula a acção mutua dos estados, deve garantir e proteger as collectividades e os individuos cuja actividade se não circumscreve ao imperio dum direito nacional. Só assim se coordenarão devidamente as energias que se encontram e cooperam na sociedade internacional. «Na sociedade internacional, escreve FIORE, a desordem, a confusão, a falta de organização juridica derivam de que, até agora, se não tem pensado senão em admittir os direitos das dynastias e dos estados, como se a sociedade internacional fosse formada apenas de estados e de governos e ninguem, alem do estado, pudesse ter a capacidade de possuir e exercer direitos internacionaes»¹ E, para remediar semelhantes defeitos, intende o mesmo escriptor, que se torna necessario determinar e revindicar os direitos internacionaes de todos aquelles que da sociedade internacional fazem parte. Ao direito internacional compete porisso definir e regular a situação de todas as entidades que apparecem na comunidade internacional, para bem condicionar a conservação e o desinvolvimento desta comunidade.

Ora, começando pelas collectividades, descobre a observação um sem numero de associações cuja acção, por natureza ou por natural desinvolvimento, assume um aspecto internacional e congrega individuos ou relaciona interesses de diferentes nações. Com effeito, ou os interesses geraes dos estados, ou o sentimento e as ideias religiosas, ou fins economicos, scientificos, artisticos, humanitarios, *sociaes*, etc., têm produzido a aggregação dos povos e dos individuos em associações, cada

¹ *Diritto internazionale codificato*, pag. 33.

vez mais numerosas, de caracter ou expansão internacional, cuja importancia na communitade internacional é indiscutivel e cuja organização e funcionamento fatalmente interessam o direito internacional. Abundam os exemplos e, alem doutros, são frisantes os offerecidos pela Igreja, pelas Uniões de estados — telegraphica, postal, etc., pelas associações scientificas, como o Instituto de direito internacional e a União das Academias scientificas dos differentes estados, pelas sociedades humanitarias, como a Cruz Vermelha internacional, pelas sociedades promotoras da paz, como a União interparlamentar da paz e arbitragem, pelas associações profissionaes, como a União da imprensa, a Associação internacional dos trabalhadores, etc. Estas e outras associações organizam e impulsionam os interesses internacionaes e, porisso, devem occupar na sociedade internacional uma situação garantida pelo direito regulador dessa sociedade.

Entre todas as sociedades existentes no grande organismo internacional, occupa um logar preeminente a Igreja Catholica, pela influencia que tem exercido na historia da civilização, pela ordem de interesses que representa e pelo regimen excepcional das suas relações com os differentes estados. Agrupando milhões de individuos que seguem o mesmo credo religioso em todas as regiões da terra, observam a mesma lei espiritual e reconhecem livremente a auctoridade dum chefe supremo, a sociedade formada pela Igreja, ao mesmo tempo que apresenta a mais poderosa hierarchia do mundo, constitue uma verdadeira organização internacional, cuja singular posição na communitade das nações deve ser estudada pela sciencia do direito internacional. Tentaremos, porisso, esboçar os principios que definem o regimen da Igreja nas relações internacionaes e procuraremos determinar a verdadeira situação do papado em relação aos estados catholicos.

87. Como organização duma religião de caracter e tendencias universaes, assumiu a Igreja Catholica o aspecto duma instituição internacional logo que a sua acção se exerceu no dominio de dois ou mais estados. Cedo adquiriu esse aspecto, que é evidentemente o seu aspecto actual.

Não tem sido, todavia, sempre igual o modo de ser das relações da Igreja como instituição internacional com os estados catholicos. A diversidade das circumstancias historicas por ella atravessadas tem determinado differenças da sua situação sob esse ponto de vista, circumstancias e differenças que vamos referir dum modo geral no que ellas podem conter de indisponivel para a comprehensão da sua situação actual.

Por virtude do ascendente que durante a idade media alcançou no governo dos povos europeus, era a Igreja uma especie de *poder politico* que possuia em cada estado uma auctoridade consideravel e numerosos privilegios. Todavia, á medida que se ia robustecendo o poder secular, os reis e representantes desse poder começaram a reagir contra a tutela ecclesiastica, foram reivindicando a sua independencia politica em face do papa, formou-se a tendencia para considerar o chefe da Igreja como um *soberano estranho*, e, embora essa tendencia não fosse realizada até ao ponto de se estabelecer a egualdade de direitos entre os demais soberanos e o papa, pois que a este foram sempre concedidas honras e precedencias reveladoras da sua supremacia, seguiu-se para com a Santa Sé a attitude politica ordinaria para com um estado estranho, privando-a successivamente de toda a ingerencia directa na soberania dos diversos paises.

A ideia de considerar a Santa Sé como um soberano estranho foi claramente favorecida pela existencia do poder temporal do papa, poder que o transformava num verdadeiro soberano dos estados pontificios. Os reis reconheciam ao pontífice a soberania temporal, que era evidentemente uma soberania

estranha, approximaram e assemelharam as relações das potencias catholicas com o papa, como chefe da religião, e as relações dessas potencias com o soberano dos estados pontificios, e consideraram a Santa Sé como um soberano estranho no exercicio da soberania tanto espiritual como temporal.

De modo que, a influencia decidida exercida pela Santa Sé na idade media levou os estados a attribuir ao papa uma verdadeira soberania, a reacção contra a supremacia politica do pontifice conduziu-os a concebê-lo como um soberano estranho, e a existencia do poder temporal facilitou a realização deste conceito.

Semelhante conceito, combinado com a instituição do poder temporal, levou por um lado á limitação da influencia do papa na vida social dos estados e determinou por outro a formação dos principios que tẽem dirigido as relações da Santa Sé com os mesmos estados.

Em primeiro logár, porque o papa é considerado um soberano estranho, não pode communicar directamente com o clero e com os fieis duma nação e as letras apostolicas são submettidas a um exame e a uma auctorização especial, a que se deu nome differente nos diversos países e a que entre nós se chamou *beneplacito regio*.

Depois, em virtude do mesmo principio, os enviados da Santa Sé, de *agentes executivos*, transformam-se em meros *representantes diplomaticos* com as designações mais geraes de *legados e nuncios*, aos quaes foi recusado todo o poder jurisdiccional, e assim começou a ser exercido pelo pontifice o *direito de legação activa* ou o direito de enviar agentes diplomaticos.

Além disso, porque o papa era um soberano estranho, que não faz parte das Igrejas nacionaes, os principes declaram-se protectores da religião nos seus estados, e, por consequencia, protectores do clero nacional, promovem a differenciação daquellas Igrejas e a proclamação das suas liberdades, e en-

viam representantes ás assembleias ecumenicas e para junto da Santa Sé, para ahi advogarem os seus interesses politicos ligados com os interesses religiosos. Para junto dum soberano estranho era, em verdade, natural que se enviassem agentes diplomaticos, completando-se assim o direito de legação activa com o *direito de legação passiva* ou o direito de receber aquelles agentes.

Por ultimo, ainda em razão da soberania estranha do papa, os reis entraram em negociações com elle, ou directamente ou por meio de representantes, e consequencias deste facto foram não só a fixação do direito de legação entre os governos e a Santa Sé, mas ainda as *concordatas*, accordos semelhantes aos tratados, em que foram reguladas as concessões reciprocas entre a Santa Sé e os estados christãos. Estas convenções começaram com a celebre concordata concluída em 1122 entre o imperador Henrique V e o papa Calixto II, que pôs fim á famosa questão das investiduras, e dellas são exemplo as concluídas entre os nossos monarchas e a Santa Sé, em 20 de julho de 1788 sobre a apresentação de beneficios ecclesiasticos, em 21 de outubro de 1848, com o nome de *convenção*, sobre a Bulla da cruzada, seminarios, etc., em 21 de fevereiro de 1857, com o nome de *tratado*, ácerca do padroado do Oriente, e em 23 de junho de 1886, com o nome de *convenio*, sobre circumscripção diocesana e exercicio do direito de padroado da India Oriental ¹.

Os factos apontados mostram como o conceito da Santa Sé como um soberano estranho levou á limitação progressiva da acção do papa na vida nacional dos estados e produziu um

¹ BERNARDINO CARNEIRO, *Direito ecclesiastico portuguez*, § 12; BORGES DE CASTRO, *Collecção de tratados*, tom. III, pag. 300; Nova *Collecção de Tratados*, tom. 1, pag. 141; BAKER, *Tratados da India*, vol. XIV, pag. 112.

systema caracteristico de direito diplomatico entre os principes temporaes e a côrte de Roma, cujos principios fundamentaes podemos assim assumir com BOMPART e DESPAGNET :

a) O papa, como chefe da Igreja catholica, é reconhecido como um soberano, com preeminencia sobre os outros soberanos, e representa uma personalidade internacional.

b) Como soberano e chefe religioso, tem o papa o direito de legação activa e passiva, isto é, o direito de enviar e receber representantes diplomaticos.

c) Ainda na mesma qualidade, celebra o papa com as potencias tratados, que têm por objecto as relações do poder temporal com a Santa Sé nas questões religiosas, a que se dá o nome de concordatas.

88. Como dissemos acima, a existencia do poder temporal facilitou a realização da tendencia para considerar o papa como um soberano estranho e concorreu para a formação do systema das relações diplomaticas da Santa Sé com os differentes estados. Não foi, porém, a causa determinante daquella tendencia nem constituiu o objecto capital destas relações. Não foi, com effeito, contra o poder do papa como soberano dos estados pontificios que os reis e os principes reagiram, mas contra a ingerencia por elle exercida no governo das nações como chefe soberano da Igreja; não era principalmente dos negocios e interesses temporaes dos differentes estados nas suas relações com os negocios e interesses identicos dos estados pontificios que se occupavam os representantes dos governos junto da Santa Sé e os da Santa Sé junto dos governos, emquanto durou o poder temporal, mas sim dos negocios e interesses religiosos, por virtude das inevitaveis relações que elles crearam entre a côrte de Roma e os chefes dos estados; nem tem sido, finalmente, senão de natureza religiosa o objecto das concordatas. É que nas relações internacionaes a figura

do pontífice apparecia quasi exclusivamente como chefe soberano da Igreja, para ser bem secundaria a sua importancia como chefe dum minuscuro estado italiano. E tanto assim, que, depois da suppressão do poder temporal, se manteve o anterior systema de relações da Santa Sé com os estados, como os factos nos vão mostrar.

O movimento de unificação da Italia na segunda metade do seculo passado alvejou os estados pontificios, vendo-se em Roma o complemento necessario da unidade italiana, e, porisso, appareceram naturalmente as tentativas para fazer entrar aquelles estados e esta cidade na constituição da nação italiana. Todavia, porque o papa não era simplesmente o bispo de Roma, mas o chefe da Igreja, instituição universal pela sua doutrina e internacional pela largueza da sua organização, e nessa qualidade não podia estar sujeito a qualquer estado, com os planos de incorporação appareceram meios de salvaguardar para o soberano pontífice o exercicio da sua missão como chefe supremo do catholicismo e assegurar aos olhos das outrás nações a independencia da Santa Sé.

Assim, em 18 de setembro de 1861, o conde de Cavour apresentava á França e ao Vaticano um projecto em que, com a suppressão do poder temporal, eram asseguradas ao papa todas as prerogativas da soberania, o inteiro e completo exercicio da sua auctoridade espiritual, a liberdade de communição com os fieis de todos os países e, como meio de tornar facil a administração da Igreja, uma dotação fixa e inalienavel fornecida por todas as potencias catholicas. Este projecto foi rejeitado por Pio IX.

A 24 de janeiro de 1868 foi apresentado ao papa um novo projecto, em que eram deixados ao chefe supremo da Igreja, em plena soberania, o Vaticano e a cidade Leonina (bairro de Roma do Tibre ao Vaticano) com os seus quinze mil habitantes e se lhe offerciam certos privilegios sancionados por um

acordo internacional. Tambem este projecto foi rejeitado pelo pontifice.

Ainda a 29 de agosto de 1870 foi apresentado ao pontifice pelo conde de S. Martino um *memorandum* com o offerecimento da cidade Leonina em plena soberania e com todas as prerogativas do poder real, projecto igualmente rejeitado.

Logo a 20 de setembro do mesmo anno, o governo italiano, pondo de parte o processo das tentativas amigaveis, apodeira-se de Roma pela força e pela força suprime o poder temporal. A 2 de outubro seguinte realiza-se o plebiscito de annexação e a 9 do mesmo mês é promulgado um decreto que, ao mesmo tempo que declarava que Roma e as provincias romanas faziam parte integrante do reino da Italia, ajuntava: «O Soberano Pontifice conserva a dignidade, a inviolabilidade e todas as prerogativas pessoaes de Soberano»¹. Alguns dias mais tarde, 18 de outubro, o ministro dos estrangeiros annunciava ás potencias, em nota circular, que a independencia do Santo Padre seria assegurada e que o governo tinha a intenção de cercar essa independencia de todas as garantias: «A sua alta situação pessoal, dizia-se ali, a sua qualidade de soberano, a sua precedencia sobre todos os principios catholicos, as immunidades e a lista civil que lhe pertencem, serão plenamente garantidos e os seus palacios e residencias gosarão da extraterritorialidade. O exercicio da sua alta missão espirital ser-lhe-á assegurado por uma dupla ordem de garantias: por uma livre e incessante communicação com os fieis; pelas nunciaturas que continuará a ter junto das potencias; pelos representantes que as potencias continuarão a acreditar junto delle; enfim, e sobre tudo, pela separação da Igreja e do Estado, que a Italia já proclamou e que o governo do rei se

¹ *Nouveau Recueil Général de Traitéts*, 1.^o série, xviii, pag. 41.

propõe applicar depois que o Parlamento tiver dado a sua sanção aos projectos dos conselheiros da Corôa»¹.

O poder temporal desaparecia, sellando o seu desaparecimento a entrada de Victor Manuel em Roma a 31 de dezembro de 1870, mas a situação da Igreja nas relações internacionaes manter-se-ia no estado anterior, continuando o pontífice a ser reconhecido como soberano, a exercer o direito de legação, a poder entabolar negociações com os governos e a communicar livremente com os fieis.

89. A regulamentação que fazia prever a nota circular de 18 de outubro de 1870 foi effectuada pela Italia na lei de 13 de maio de 1871, a qual contém as garantias constitucionaes concedidas á Santa Sé e á Igreja Romana e se chama por abreviatura a *Lei das garantias*. Segundo a designação completa da lei, «*Legge sulle prerogative del Sommo Pontifice e della Santa Sede, e le relazioni del Stato colla Chiesa*», occupa-se ella de dois assumptos differentes, um de direito publico interno, relações do estado italiano com a Igreja, em que é realizada a ideia constante de Cavour — *Igreja livre no Estado livre*, e outro ligado com o direito internacional, emquanto regula as garantias e os privilegios da Santa Sé. A esta parte, porisso, nos referiremos, procurando determinar as suas disposições fundamentaes e fixar o seu valor perante o direito internacional.

A lei das garantias, coherentemente com os actos anteriores que tinham supprimido o poder temporal, não reconheceu ao Santo Padre direito algum de soberania territorial, o que o priva de todo o direito de jurisdicção, ou de soberania pessoal, o que lhe tira o direito de alliança, mas accitou o principio da sua soberania espirital como chefe supremo da Igreja e

¹ *Pierantoni, R. cit.*, pag. 487.

procurou condicionar o exercicio independente desse poder soberano especial, concedendo-lhe das prerogativas dispensadas aos soberanos aquellas que aos seus auctores pareceram sufficientes para aquelle effeito. Assim :

a) O papa é absolutamente independente no exercicio da sua missão especial e tem a faculdade de livre comunicação com todo o mundo catholico (Artt. 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 12.º e 13.º).

b) A pessoa do Soberano Pontifice é sagrada e inviolavel (Art. 1.º). Esta fórmula, que se lê em muitas constituições monarchicas, e designadamente no art. 72.º da nossa Carta, significa a isenção de toda a jurisdicção, não podendo, porisso, o Santo Padre ser citado, preso ou julgado pelas auctoridades italianas.

c) O papa é protegido como um soberano contra os attentados, injurias e offensas que contra elle possam ser praticados (Art. 2.º).

d) Tem no territorio italiano honras soberanas, gosa da preeminencia de honra que lhe é reconhecida pelos governos catholicos e possui a faculdade de conservar uma guarda armada, sem que, comtudo, esta possa attingir as proporções duma força militar (Art. 3.º).

e) Os logares occupados pelo papa, por um conclave ou por um concilio são isentos de toda a acção da auctoridade italiana, que não pode ahi entrar senão a requisicção do papa, do conclave ou do concilio (Art. 7.º). É uma das garantias mais serias com que a lei pretendeu assegurar a liberdade do pontifice no exercicio da sua missão espirital e que tem sido sempre respeitada desde 1870.

f) Os agentes diplomaticos junto da Santa Sé gosam no reino de todas as prerogativas e immunidades que pertencem aos enviados diplomaticos segundo o direito internacional, e os enviados da Santa Sé junto dos governos estrangeiros gosam das prerogativas e immunidades que, segundo o mesmo direito,

podem pertencer-lhes quando atravessarem o territorio italiano para o exercicio das suas funcções (Art. 11.º).

g) É garantida á Santa Sé uma dotação calculada segundo o ultimo orçamento do poder temporal (Art. 4.º). O Santo Padre tem-se recusado sempre a aceitar semelhante dotação.

Taes são as disposições fundamentaes da lei das garantias no que respeita á determinação das prerogativas da Santa Sé. Como é facil de ver, aquella lei consagrou, relativamente ao regimen da Santa Sé, como potencia espiritual, nas relações diplomaticas, o que estava estabelecido no direito publico da Europa antes da suppressão do poder temporal. Soberania espiritual da Santa Sé, absoluta independencia do papa no exercicio da sua missão, prerogativas e honras soberanas acompanhando a sua pessoa, direito de receber e enviar embaixadores e de communicar livremente com o mundo catholico, tudo era corrente na pratica dos estados e no direito diplomatico.

Esta circumstancia conduz-nos naturalmente a determinar qual seja o caracter da lei de garantias, isto é, se constitue um simples capitulo do direito publico da Italia, uma lei unilateral que possa ser livremente revogada pelo poder legislativo que a votou, ou se assumiu o caracter dum acto internacional, emquanto foi uma consequencia da situação especial que, antes da suppressão do poder temporal, era assegurada ao papa pelo direito internacional e as suas disposições já eram e continuaram a ser consideradas pelos diversos estados da Europa e da America como regras internacionaes.

Muitos escriptores, principalmente os italianos, consideram as disposições daquella lei como de simples direito publico interno, que podem ser livremente revogadas e substituidas pelo legislador italiano. Outros, e entre elles PRADIER, HOLT-ZENDORFF e BONFILS, intendem que a lei, pela sua fonte e pela sua acceitação geral, revestiu um caracter internacional

e que, porisso, a legislação italiana não poderia, sem um motivo de ordem superior, modificar o estado de coisas reconhecido pelas potencias e que garante a inviolabilidade da Igreja catholica. A nosso ver, a solução mais em harmonia com a verdade historica e com os principios acerca da formação do direito internacional é a que se contém na doutrina dos tres ultimos escriptores. Effectivamente, e já o dissemos, a lei das garantias formulou principios que, muito longe de ser novos, constituíam já regras assentes no direito internacional, pois de ha muito que os estados civilizados reconheciam na Santa Sé a soberania espiritual e attribuíam ao papa as prerogativas e as honras indispensaveis ao exercicio dessa soberania. A Italia não fez mais que prestar de modo solemne a sua adhesão a um estado de direito estabelecido nos usos internacionaes. Pode, é certo, substituir formalmente a lei de 1871, mas não pode, sem offender os principios que hoje regulam a communnidade internacional, desconhecer a situação juridica que os principios nessa lei consignados asseguram ao pontifice como chefe da Igreja, pois que essa situação era a reconhecida anteriormente, como o continuou a ser posteriormente, pelo consenso unanime dos povos civilizados, principalmente dos povos catholicos. Demais, pela nota circular enviada ás potencias a 18 de outubro de 1870, assumiu a Italia um verdadeiro compromisso internacional, não passando a Lei das garantias do cumprimento da obrigação solemnemente contraída perante os outros estados.

§ II

Sociedades internacionaes e sociedades nacionaes ¹

SUMMARY : — 90. Tendencia dos estados para a criação de instituições internacionaes encarregadas da administração dos seus interesses communs. — 91. Alargamento daquella tendencia na formação das *uniões administrativas internacionaes*. — 92. Aparecimento e progresso do movimento unionista. As principaes uniões. — 93. Organização geral das uniões : assembleias deliberativas, órgãos executivos e tribunaes arbitraes. — 94. Caracter geral dos proccitos juridicos reguladores das uniões. — 95. Sociedades e associações internacionaes de caracter particular. A sua situação perante o direito internacional. — 96. Sociedades nacionaes. Lei reguladora da sua constituição e direitos que lhes devem ser attribuídos na ordem internacional.

90. A aproximação progressiva dos estados no movimento ascendente da civilização vae tornando cada vez mais intensa a communhão dos seus interesses e produzindo uma organização sempre mais intima das relações internacionaes.

O primeiro producto daquella aproximação foi o estabelecimento de relações pacificas regulares firmadas ou nos simples usos internacionaes ou em tratados concluídos entre os gover-

¹ KASANSKY, *L'administration internationale*, R. D. I. P., tom. ix, pagg. 353 e segg.; RÉNAULT, *Les unions internationales*, Rev. cit., tom. III, pagg. 14 e segg.; DROZ, *L'Union internationale des chemins de fer*, R. D. I. P., tom. II, pag. 169; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 279, 284 e 427, e tom. II, pagg. 235 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 558 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 499 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 364 e segg.; FIORE, *Trattato*, tom. I, pagg. 598 e segg.; POINSARD, *Droit international conventionnel*; LA FONTAINE, *La paix et l'enseignement pacifiste*, pagg. 25 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 264 e segg.; etc.

nos das nações, creando cada estado orgãos exclusivamente seus, que, ou no proprio país ou em países estrangeiros, dirigissem as suas mutuas relações.

Chegou, porém, um momento em que o caracter accentuadamente internacional assumido por certos negocios e interesses convenceu os estados de que as instituições meramente nacionaes se tornavam insufficientes para normalizar e garantir eficazmente a sua realização e appareceu naturalmente a ideia de entregar a sua direcção a instituições internacionaes.

A realização duma tal ideia revela-se já claramente na creação de instituições destinadas a dirigir interesses communs de estados vizinhos ou interesses de differentes estados referidos a um determinado ponto territorial, como, por exemplo, os rios internacionaes. Para o verificar bastará que indiquemos o procedimento dos estados quanto á navegação do Danubio e do Congo.

Depois de varios tratados entre a Austria e a Russia, foi a navegação do Danubio regulada pelo tratado de Paris de 30 de março de 1856, o qual creou uma *comissão europeia* composta de delegados de todos os estados signatarios, á qual foi entregue a superintendencia nos negocios relativos áquella navegação. A comissão, cujos poderes foram prorogados por doze annos pelo tratado de 13 de março de 1871, a contar de 24 de abril do mesmo anno e, por vinte e um annos, pelo tratado de 10 de março de 1883, com a possibilidade de reconducção tacita de tres em tres annos, estabelecida pelo ultimo daquelles tratados, a partir de 24 de abril de 1904, forma uma verdadeira personalidade independente e de caracter internacional; gosa duma neutralidade absoluta, não podendo a sua acção ser embaraçada por qualquer estado belligerante; tem o seu pavilhão particular; exerce a policia da navegação em parte do Danubio; determina e julga as contravenções dos regulamentos dessa navegação; finalmente, dirige e fiscaliza

as obras destinadas a facilitar a mesma navegação ¹. O Acto final da conferencia de Berlim, de 26 de fevereiro de 1865, creou, por seu turno, uma *comissão internacional*, com o mesmo character da comissão do Danubio, encarregada da fiscalização da navegação do Congo. Os membros, officios, repartições e archivos dessa comissão são *inviolaveis*, e á comissão incumbe fazer o regulamento da navegação sob a approvação das potencias e julgar as contravenções respectivas, podendo contrair empréstimos garantidos pelos rendimentos que lhe são attribuidos ².

Estes factos são de si bastante eloquentes para mostrar a tendencia dos estados para crear instituições internacionaes organizadas e reguladas pelos tratados e entrando evidentemente na esphera de acção do direito internacional.

91. Uma nova ordem de factos cada vez mais numerosos vem mostrar o alargamento da tendencia que acabamos de indicar. Esse alargamento revela-se na formação de grandes associações de estados para a organização e direcção de interesses communs relacionados com os serviços publicos e com a protecção dos direitos particulares, constituindo as chamadas *Unões administrativas internacionaes*.

Já por vezes temos falado destas instituições, de que por agora procuraremos determinar as causas determinantes, o apparecimento e progresso numerico, os traços geraes de organização e o character dominante do seu direito regulador.

A vida moderna revestiu a tantos respeitoos um character internacional, que fez ver aos estados a necessidade de imprimir

¹ *Nouveau Recueil Général de Traités*, 1.^e série, xviii, pag. 303, e 2.^e série, ix, pag. 392.

² Carta regia de 3 de setembro de 1885.

uma indispensavel unidade á organizaçãõ daquelles serviçõs que sãõ instrumento da realizaçãõ dos seus interesses communs, como os correios, os telegraphos, os caminhos de ferro, etc., bem como lhes mostrou quanto era necessaria e conveniente a sua associaçãõ para o effeito de proteger efficazmente certos direitos dos particulares, seus nacionaes, como a propriedade industrial ou litteraria, e mesmo para satisfazer ás exigencias da civilizaçãõ contemporanca, como a repressãõ do trafico de escravos. Os factos mostraram, effectivamente, que, para conseguir esses resultados, era absolutamente impotente a aççãõ isolada dos estados, era ainda insufficiente a sua intelligencia mutua por meio de tratados, deixando-se a cada um dos contractantes o cumprimento das respectivas disposições, e que só a associaçãõ dos mesmos estados, com instituições internacionaes adequadas que centralizassem a direcçãõ de semelhantes serviçõs, poderia corresponder ás exigencias do estadio de civilizaçãõ a que chegaram as sociedades. E a verdade é que os factos se impuseram e os estados se associaram para, pela sua aççãõ devidamente combinada, dar satisfacçãõ aos proprios interesses na sua expansãõ internacional. O movimento de associaçãõ começa na segunda metade do seculo passado, desinvolve-se progressivamente, é já consideravel o numero de uniões, e novas uniões se projectam para realizar interesses que ainda nãõ conseguiram uma organizaçãõ regular.

92. Em geral, pode dizer-se que se dá uma associaçãõ de estados sempre que estes, por meio duma convençãõ, accordam em se harmonizar com certos principios no que respeita a uma determinada ordem de relações. Comtudo, a associaçãõ, propriamente, só existe quando os estados disciplinam a sua aççãõ commum, para realizar um determinado fim, creando *instituições internacionaes* que tornem visivel que ha, com

effeito, uma sociedade de estados devidamente organizada para a realização de certa ordem de interesses communs. São, pelo menos, dessa natureza as associações constituídas pelas uniões internacionaes. Nas uniões ha, com effeito, uma ou mais instituições internacionaes e ha sempre uma administração central, com o nome de secretaria, repartição ou officio internacional (*bureau*) e com a sua séde em algum dos estados da União.

O movimento unionista começou em 1864 com a formação da *União geodesica*, conhecida pelo nome de *Associação geodesica internacional*, que se organizou para a determinação das dimensões do globo terrestre, de que em 1897 faziam parte vinte e oito estados, e que é representada, segundo a convenção de outubro de 1886, por uma *Commissão permanente*, a que serve de órgão executivo o *Bureau central da Associação geodesica internacional*, com séde em Potsdam ¹.

Continuou o mesmo movimento com a criação da *União telegraphica internacional* por convenção concluída em Paris entre vinte estados a 17 de maio de 1865, convenção hoje substituída pela de S. Petersburgo de 22 de julho de 1875, sendo esta por mais duma vez regulamentada e, ha poucos annos, pela conferencia de Budapest, em regulamento de 22 de julho de 1896. Esta união, cujos diplomas organico e regulamentar, emquanto formulam regras geraes para todas as relações telegraphicas internacionaes, se propõem garantir a liberdade, segurança, facilidade e rapidez da transmissão dos telegrammas e conseguir a uniformidade e simplicidade das tarifas, como condições essenciaes da utilidade pratica das communicações telegraphicas, abrange hoje a maior parte das

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

administrações telegraphicas de todo o mundo e tem em Berne a sua *Secretaria internacional* ¹.

A seguir, apparece a *União dos pesos e medidas*, formada pela convenção de Paris, de 20 de maio 1875, concluída entre Portugal, a França, a Allemanha, a Austria-Hungria, a Russia, a Belgica, a Italia, a Suissa, os Estados Unidos e outros estados e a que ainda muitos outros adheriram. A nova união tem em Paris a sua instituição central, com o nome de *Secretaria internacional dos pesos e medidas*, e propõe-se realizar o programma da unificação internacional do systema metrico, obra, escreve NOVICOW, que annuncia o dia glorioso em que um só systema de pesos e medidas existirá no globo inteiro e que fará desapparecer a complicada sciencia da metrologia, que obriga a gastar tanta energia intellectual para conhecer centenas de bizarras medidas ².

Pouco depois, 1 de julho de 1875, entra em vigor a convenção de Berne de 9 de outubro de 1874, que estabeleceu a *União postal geral* e creou um officio central, com o nome de *Secretaria internacional da união universal dos correios*, com a séde em Berne, cujo fim foi submetter a regras uniformes as relações postaes dos differentes estados, pela applicação dos principios fundamentaes da possivel uniformidade e redução de tarifas, liberdade de transito e simplificação nos descontos das taxas entre os officios postaes de cada estado. A convenção de Berne foi successivamente modificada pelos congressos de Paris (1878), Lisboa (1885), Vienna (1891) e

¹ *Synopse de tratados*, 1901, pag. 3; *Nova collecção de tratados*, vol. iv, pag. 121; Carta regia de 12 de outubro de 1875; Decreto de 17 de maio de 1897.

² Novicow, *La fédération de l'Europe*, pag. 733; *Synopse*, pag. cit.; *Nov. Col. de Trat.*, vol. cit., pag. 101; Carta regia de 28 de abril de 1876.

Washington (1897), sendo hoje lei organica da união o tratado de Washington de 15 de junho de 1897. Esta notabilissima união, que pelo tratado de Paris (1878) passou a denominar-se *União postal universal*, abrangia, em 1901, toda a Europa, toda a America e o maior numero dos estados das outras partes do mundo, compreendendo uma extensão territorial de 102 milhões de kilometros quadrados povoada por 1072 milhões de habitantes ¹.

O numero das uniões augmenta com a criação, pelo tratado de Paris de 20 de março de 1883, da *União para a protecção da propriedade industrial* e, pelo tratado de Berne de 9 de setembro de 1886, da *União internacional para a protecção da propriedade artistica e literaria*. A primeira, cuja convenção organica foi modificada ou ampliada pelas conferencias de Madrid (1891) e de Bruxellas (1900), propõe-se realizar, em cada um dos estados que a constituem, o principio da egualdade de direitos entre nacionaes e estrangeiros quanto a privilegios de invenção, desenhos ou modelos industriaes, marcas de fabrica ou de commercio e quanto ao nome commercial, como se vê do artigo 2.º da convenção organica, cuja letra é — «Os subditos ou cidadãos de cada um dos Estados contractantes gosarão em todos os outros Estados da União, no que respeita aos privilegios de invenção, aos desenhos ou modelos industriaes, ás marcas de fabrica ou de commercio e ao nome commercial das vantagens que as leis respectivas concedem actualmente ou concederem de futuro aos nacionaes. Em consequencia terão a mesma protecção que estes, e o mesmo recurso legal contra qualquer offensa feita aos seus direitos, sob reserva do cumprimento das formalidades e das condições impostas aos nacionaes pela legislação interna de cada estado» — e tem em Berne o seu officio internacional com

¹ *Synopse cit.*, pag. 7; Carta regia de 30 de setembro de 1898.

o titulo de *Secretaria internacional da União para a protecção da propriedade industrial* ¹; a segunda modificada, pela conferencia de Paris num acto addicional e numa declaração de 4 de maio de 1896, tem por fim applicar o mesmo principio de egualdade entre nacionaes e estrangeiros unionistas relativamente á propriedade artistica e literaria, como o indica o artigo 2.º da convenção de 1886 dispondo que — «Os auctores pertencentes a um dos países da União ou os seus representantes gosam nos outros países, quanto ás suas obras publicadas ou não num destes países, dos direitos que as leis respectivas concedem actualmente ou concederem de futuro aos nacionaes» —, tendo tambem em Berne, e hoje reunido ao da União anterior sob a mesma direcção, o seu officio internacional, com o nome de *Secretaria internacional da União para a protecção das obras literarias e artisticas* ².

Em 1890 encontrou a tendencia associativa dos estados um novo motivo para formar mais uma união. Foi a ideia sympathica e humanitaria da suppressão do trafico dos negros. Desde os fins do seculo XVIII que os estados civilizados se empenhavam na suppressão do trafico de escravos e successivamente celebravam tratados para obter esse desideratum, até que, por iniciativa dos governos inglês e belga, reúne a 16 de novembro de 1899, em Bruxellas, uma conferencia internacional, cujas sessões se prolongam até 2 de julho de 1890, dia em que foi assignada pelos representantes dos differentes estados uma convenção creando uma *União para a repressão do trafico*, no intuito, segundo diz o preambulo da mesma conven-

¹ *Synopse cit*, pag. 18; *Livro Branco*, 1884, *Negocios consulares e commerciaes*, pagg. 179 e segg.; *Cartas regias* de 17 de abril de 1884, 11 de outubro de 1893 e 8 de agosto de 1901.

² RIVIER, *ob. cit.*, pag. 324; POINSARD, *ob. cit.*, pagg. 511 e segg.; MARTENS, *Nouveau Recueil Général de Traitéts*, 2.º série, tom. XII, pagg. 1 e segg.

ção, de «pôr um termo aos crimes e ás devastações causadas pelo trafico dos escravos africanos, proteger eficazmente as populações arborigenes da Africa e assegurar a esse vasto continente os beneficios da paz e da civilização», com uma *Comissão internacional* em Zanzibar e um *Officio central* em Bruxellas, em repartição annexa á secretaria dos negocios estrangeiros ¹.

Tres dias depois, 5 de julho de 1890, é assignada, tambem em Bruxellas, uma convenção, em cujo art. 1.º se lê: «É formada entre os países abaixo enumerados... uma *associação* sob o titulo de *União internacional para a publicação das pautas aduaneiras*», sendo fim da União publicar (art. 2.º), por conta commum, e fazer conhecer, o mais breve e exactamente possivel, no interesse das trocas internacionaes, as pautas aduaneiras dos diversos estados do globo e as modificações por que estas pautas successivamente passarem. Para effectuar a publicação, que deve ser feita em cinco linguas, allemão, francês, hespanhol, inglês e italiano, e no órgão da união — *Boletim internacional das alfandegas*, foi creada pela mesma convenção uma *Repartição internacional* com séde em Bruxellas ².

Ainda no mesmo anno, 14 de outubro, foi assignada em Berne uma convenção estabelecendo a *União internacional dos caminhos de ferro* para o effeito de estabelecer o possivel regimen de uniformidade dos transportes por caminhos de ferro. A União é limitada ao transporte de mercadorias e tem em Berne o seu *Officio central* ³.

¹ *Synopsc cit.*, pag. 5; Carta regia de 24 de março de 1892.

² *Synopsc cit.*, pag. 19; *Livro Branco*, 1891, secção 1, pag. 40; Carta de lei de 3 de agosto de de 1891.

³ MARTENS, *N. Recueil Général de Traités*, 2.ª série, tom. xix, pagg. 290 e segg. Portugal adheriu em 1886 á União geodesica, faz parte das uniões

A 5 de março de 1902, é assignada por dez estados em Bruxellas a convenção organica da *União internacional dos assucares*, pela qual os estados signatarios se propõem, segundo o preambulo da convenção, *egualar* as condições da concorrência entre os assucares de beterraba e os assucares de cana e *auxiliar* o desinvolvimento do consumo do assucar, por meio da suppressão dos *premios* e da limitação da *sobretaxa*. A União tem, com séde em Bruxellas, uma *Commissão* e um *Officio permanentes*, destinados a dirigir e executar os serviços da União ¹.

Por convenção de Strasburgo de julho de 1903, foi creada a *União sismologica internacional*, com o nome de *Associação internacional de sismologia*, destinada a uniformizar e centralizar as observações sismologicas para o estudo dos problemas de sismologia cuja solução exige o concurso de numerosas estações sismologicas distribuídas por diferentes pontos da terra. Para dirigir e realizar os serviços da União, organizou a convenção uma *Commissão* e um *Officio permanentes*, com séde em Strasburgo, destinados, a primeira, a promover e velar pelo cumprimento das resoluções da assembleia geral da associação bem como a fiscalizar o emprego dos seus creditos, e, o segundo, a recolher, resumir e publicar os relatorios enviados pelos diferentes países ².

Finalmente, a convenção de Paris de 3 de dezembro de 1903

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 e assignou a convenção sanitaria de 1903, como se vé dos diplomas e trabalhos citados nas notas anteriores.

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, vol. 31, pagg. 272 e segg.

² *Boletim da Direcção geral da instrucção publica*, anno III, fasc. IV e V, pagg. 467 e segg.

organizou definitivamente a *União sanitaria*, com a criação do *Officio internacional de saúde*, de Paris, encarregado de centralizar as informações sobre a marcha das epidemias e de exercer uma vigilancia geral sobre a applicação das medidas prescriptas pelas convenções sanitarias. A nova união que veio aperfeiçoar a organização prophylactica internacional, foi successivamente preparada pelas conferencias sanitarias de Paris de 1851 e 1859, de Constantinopla de 1866, de Vienna de 1874, de Roma de 1885, de Veneza de 1892, de Dresde de 1893, de Paris de 1894 e de Veneza de 1897, e pode dizer-se já esboçada no *Conselho superior de saúde de Constantinopla*, formado de delegados ottomanos e de representantes das potencias, considerado de character internacional pelo regulamento organico de 18 de julho de 1839 e pelas convenções sanitarias de 1874 e de 1903, e especialmente encarregado da vigilancia sanitaria das grandes vias de penetração das doenças exoticas (Mar Vermelho, Golfo Persico e Chat el Arab) — e no *Conselho sanitario marítimo e quarentenario do Egypto*, creado pela convenção de 1874, reorganizado pela convenção de 31 de janeiro de 1892 e confirmado pela convenção de 1903, de constituição mixta de delegados egypcios e das potencias, o que representa uma das instituições destinadas a organizar a defesa sanitaria internacional contra a invasão das grandes epidemias e está encarregado de determinar as providencias tendentes a evitar que as doenças epidemicas invadam o Egypto ou sejam transmittidas a país estrangeiro. Foi comtudo a criação do officio de saúde de Paris que constituiu verdadeiramente os estados civilizados, na organização da prophylaxia internacional, numa associação com todos os caracteres das uniões internacionaes ¹.

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, tom. xix, pagg. 260 e segg., xx, pagg.

São estas as uniões cujo caracter juridico é claramente determinado. Existem a seu lado algumas outras instituições internacionaes permanentes, como a chamada união internacional antiphyloxerica, que, porém, não apresentamos para a construcção que pretendemos fazer, já porque nem o seu caracter official é precisamente definido, nem o seu caracter universal é geralmente reconhecido. As uniões apontadas são já, contudo, elementos bastantes para determinar as bases fundamentais em que assentam semelhantes organizações.

93. Pelo estudo das convenções organizadoras das differentes uniões, verificam-se os principios geraes que as informam e as instituições com que procuram realizar o seu fim. Começemos pelos principios.

a) As uniões revestem um caracter universal, isto é, não se propõem realizar o interesse particular destes ou daquelles estados, mas attender a um fim util que interessa a todos os estados, ou, pelo menos, a todos os estados civilizados, como aliás resulta da simples indicação do seu objecto.

b) As uniões constituem-se por tempo indeterminado e formam instituições permanentes. Este principio é expressamente formulado por algumas das convenções de união, ou dum modo directo, como acontece, por exemplo, na convenção postal, em cujo artigo 28.º se diz que a convenção vigorará por tempo indeterminado, ou por uma fórmula indirecta, como o faz a convenção relativa á publicação das pautas aduaneiras, que fixa o prazo da união em sete annos, mas estabelece logo que, sem denuncia expressa, se dará a reconducção tacita de sete em sete annos.

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.

c) Todo o estado estrangeiro á união pode a ella adherir, sob a condição do cumprimento de certas formalidades e da annuencia a todas as clausulas da respectiva convenção, produzindo a adhesão a participação do estado adherente em todas as vantagens estipuladas na mesma convenção. Esta liberdade de adhesão para qualquer estado que não entre na associação primitiva dá uma expressão juridica á significação universal das uniões e é hoje principio admittido por todas ellas, pois que a mesma união dos caminhos de ferro, que na convenção de 1890 a não reconhecia, a consagrou na declaração assignada em Berne a 20 de setembro de 1893.

d) Reciprocamente, os estados unionistas tõem o direito de se retirar da união, desde que cumpram as formalidades necessarias para denunciar a respectiva convenção. É o meio de harmonizar o principio da permanencia das uniões com a liberdade de cada estado. Em regra, para sair duma união, basta que o estado, que assim o deseja, o participe com um anno de anticipação ao estado encarregado de receber as adhesões e acceptar as denuncias da convenção.

e) Todos os estados de qualquer união gosam dos mesmos direitos e devem cumprir os mesmos deveres. É o principio da egualdade juridica dos estados applicado a esta fórma especial das suas relações. E este principio de egualdade é respeitado até ao ponto de as despesas communs da união serem repartidas pelos diversos estados unidos proporcionalmente ao *quantum* das vantagens que, segundo as suas condições especiaes, cada um auferê da mesma união, dividindo-se para isso os estados em classes e contribuindo cada um em harmonia com a classe a que pertence ¹.

¹ Para exemplificar, notaremos, v. g., que a União para a publicação das pautas aduanciras, calculando em 125:000 francos o orçamento da

f) As convenções creadoras das uniões revestem a fórma de codigos reguladores de certas relações internacionaes. Já em outro lugar procurámos mostrar em que o desinvolvimento das uniões contribuia para a codificação progressiva do direito internacional. Por agora accrescentaremos que se nota na historia das uniões um facto bem curioso, e é que se vae accentuando o systema de as suas convenções organicas, em vez de chamarem as legislações dos países unidos para regular a certos respeitos a situação de cada um delles dentro da união, estabelecem ellas proprias regras geraes em substituição da legislação particular de cada estado.

g) Os estados unionistas conservam a liberdade de legislação interior, assim como o direito de manter e celebrar tratados ou estabelecer uniões mais intimas com o fim de introduzir qualquer aperfeiçoamento na respectiva união, desde que respeitem as estipulações contidas na sua convenção organica. O limite das obrigações de cada estado é determinado pelas clausulas da convenção, pois só a elles quis o mesmo estado vincular a sua vontade. É um principio geral de direito convencional.

Passando ao estudo das instituições que dão ás uniões o ca-

despesa annual da sua secretaria internacional, dividiu os estados, para o effeito da distribuição daquella verba, em seis classes, segundo a importancia do seu commercio, devendo os estados de cada uma das classes concorrer com umas tantas *unidades de receita* por maneira que a somma de todas ellas perfaça a importancia total. A divisão da verba geral da despesa pelo numero total das unidades da mesma despesa, numero igual á somma das unidades com que devem concorrer todos os estados, dá em quociente a unidade de receita e esta multiplicada pelo numero de unidades de cada estado produz a importancia da sua contribuição (Convenção de 5 de julho de 1890, art. 8.º a 11.º).

racter de verdadeiras organizações internacionaes, observamos que ha em cada união orgãos deliberativos, orgãos executivos e orgãos judiciaes de character internacional, ou sejam congressos e conferencias, officios e commissões, e tribunaes arbitraes.

a) *Congressos e conferencias*. Uma união é constituída por meio duma convenção concluída por plenipotenciarios dos estados reünidos em congresso. Este congresso, porém, não apparece apenas na origem das uniões, sendo transformado pelas respectivas convenções em uma instituição organica das mesmas uniões, para, periodica ou extraordinariamente, estudar e resolver as questões que possam interessar á sua conservação e ao seu desinvolvimento. É um orgão de legislação internacional, que vae formulando successivamente as normas reguladoras de cada união. Em algumas uniões, como a união telegraphica e a união postal, além da assembleia de plenipotenciarios, apparece uma *assembleia administrativa* formada pelos representantes das administrações dos estados unidos, que na união postal se chama *conferencia*, encarregada de desinvolver e regular as bases da respectiva união formuladas pelo congresso.

b) *Officios e commissões*. A execução das deliberações da assembleia ou das assembleias da união é confiada a um officio internacional, que funciona junto dum dos governos dos estados da união. Este officio tem um character burocratico, revestindo a fórma duma repartição ou duma secretaria, á frente da qual se encontra um funcionario sob cuja direcção trabalha um certo numero de empregados, sendo todos funcionarios internacionaes. Em algumas uniões, a geodesica, a dos pesos e medidas, a da repressão do trafico de escravos, a dos assucares e a de sismologia, ha, ao lado daquella instituição administrativa burocratica, uma instituição administrativa *collegial*, uma comissão internacional formada de delegados dos

diversos estados, que, além de certas funcções materiaes, fiscaliza o funcionamento do officio executivo e até constitue um meio de os estados se entenderem e entre si celebrarem tratados. Nas demais uniões semelhante fiscalização é exercida pelo governo junto do qual o officio está organizado.

As funcções confiadas á administração central das uniões, embora variem segundo o fim differente que se propõe cada uma daquellas associações, podem reduzir-se, segundo KASANSKY, a duas categorias principaes :

1.^a) *Funcções scientificas administrativas*. Pertencem a este numero as investigações scientificas e praticas relativas ao objecto da união, os calculos estatisticos, a edição do jornal da união e a publicação das actas das conferencias e dos documentos indispensaveis para estas reuniões.

2.^a) *Funcções formaes administrativas*. No exercicio destas funcções, serve a administração central de intermediario entre os estados da união nas suas reciprocas notificações, envia aos differentes estados as informações, publicações, inqueritos e projectos por ella organizados ou recebidos dos outros estados, administra a bibliotheca, os archivos e, em geral, toda a propriedade privada da união, participa na legislação da união, informa os pedidos para modificar a convenção da união, realiza os trabalhos preparatorios para a reunião dos congressos e conferencias, instrue as questões correntes e, em algumas uniões, tem ainda attribuições especiaes, como a de emittir o seu parecer official no caso de se levantarem difficuldades entre os estados da união postal (Art. 22.^o).

3.^a) *Tribunaes arbitraes*. O terceiro orgão das uniões é o tribunal arbitral, frequentemente estabelecido nas suas convenções organicas e destinado a resolver juridicamente as questões levantadas entre os estados unidos ácerca dos negocios das mesmas uniões. Uma vez o tribunal apparece como uma instituição permanente, outras constitue-se apenas singularmente nos ca-

nos de processo internacional, sendo as suas funções ou confiadas á administração central ou a juizes especialmente eleitos e determinando ordinariamente o acto da sua constituição a sua competencia bem como a sua organização e fixando alguns dos principios fundamentaes do processo a seguir.

94. Assim como são duma natureza nova as organizações internacionaes formadas pelas uniões, assim é novo o character do seu direito regulador, convindo pô-lo em relevo para mostrar como é possível disciplinar juridicamente e dum modo efficaç as relações internacionaes.

A lei organica das uniões é uma convenção e, porisso, em vez duma legislação auctoritaria, é de regras convencionaes o seu direito regulador. E assim, em vez dum poder legislativo que mande cumprir as suas deliberações, encontramos um conselho de estados que formulá, segundo um principio de mutuo assentimento, normas de conducta reciproca; em vez de órgãos administrativos com o poder de ordenar imperativamente, apparecem órgãos administrativos exercendo funções importantes e complicadas, sem o poder de emitttir ordens obrigatorias; em vez de tribunaes a que todos devam sujeitar-se e obedecer voluntaria ou coactivamente e cujas decisões sejam acompanhadas de força executoria, descobrimos tribunaes cuja auctoridade assenta sobre o consentimento livre das partes interessadas: emfim, em vez de cidadãos que se curvem perante a lei e obedecam ás auctoridades, vemos poderosas pessoas moraes, os estados, submetterem-se ás normas do direito só pela sua boa vontade e pelo seu consentimento mutuo.

Consequentemente, o direito unionista tem de especifico que nem a legislação é auctoritaria, nem a administração é imperativa, nem a jurisdicção é coactiva. E, em todo o caso, a lei é formulada e cumprida, a administração funciona com regu-

laridade e as sentenças arbitraes são executadas, signal de que nem só a ideia da força domina o direito, mas pode dominá-lo uma ideia de solidariedade e de cooperação, pela consciencia de que, fóra dos individuos e dos estados, ha interesses comuns cuja realização só pode operar-se mediante um trabalho harmonico no caminho do progresso economico, intellectual e moral.

Em synthese, pois, as uniões internacionaes são um claro esboço de organização convencional da sociedade internacional e o seu direito regulador constitue a revelação juridica na ordem internacional de qua a contractualidade é a fórmula evolutiva da organização social que virá substituir a actual phase de ainda exaggerado auctoritarismo.

95. O movimento de associação internacional constituída pelas uniões de estados está longe de terminar, nem se limita ás uniões a organização dos interesses internacionaes.

Quanto ao provavel augmento do numero de uniões, devemos dizer que, já em 1894, reuniu em Berne uma conferencia diplomatica para tratar da criação duma união para a publicação dos tratados e outros actos de character diplomatico, união apontada como necessaria desde 1891 pelo Instituto de direito internacional ¹, que se pensa na organização duma união bibliographica, que alguns publicistas propõem a formação d'outras uniões para fins diversos e que os factos já consummados auctorizam a crer que o numero das uniões irá augmentando por maneira, que, para cada um dos grandes interesses internacionaes, se constituirá uma união especial e, escreve KASANSKY, virá o momento em que as instituições internacionaes estabelecidas nas differentes capitaes, cobrirão a terra inteira

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^o série, vol. 21, pagg. 460 e segg.

e servirão os interesses da humanidade sem violar a liberdade dos estados, pois que esta liberdade só será limitada na medida por elles livremente consentida.

Mas, ao lado das associações de estados, existem, como já dissemos, dentro da communitade internacional, sociedades e associações internacionaes de character particular que se propõem os mais diversos fins de interesse geral. São as associações de individuos de diferentes nações que, com intuitos scientificos, humanitarios, *sociaes*, etc., se agrupam para promover o progresso das sciencias, da paz geral, do melhoramento das condições operarias, em summa, do bem estar das sociedades modernas, hoje estreitamente relacionadas na sua vida de solidariedade.

Estas organizações, sem character official, não têm o valor das uniões de estados, mas ninguem deixará de ver nellas alguma cousa de novo e interessante e uma especie de «*international self-government*», que apresenta todos os elementos dum grande desinvolvimento futuro.

Entre ellas merece especial menção a *União interparlamentar para a arbitragem e para a paz*, que, pelos individuos que a constituem e pela origem da verba a despender com a manutenção do *bureau interparlamentar*, estabelece a transição entre as uniões officiaes e as uniões meramente particulares. Effectivamente, a União interparlamentar é constituída por membros das camaras legislativas de todos os países e dos antigos parlamentares que tenham tomado parte nas conferencias da União, e aquella verba é considerada como despesa dos parlamentos, contribuindo cada país com uma quota correspondente á sua população.

A União interparlamentar pode dizer-se fundada em 1889 com a reunião da primeira conferencia de representantes de diversos parlamentos e é formada institucionalmente: por uma *assembleia geral*, composta dos membros dos parlamentos con-

stituídos em grupos interparlamentares bem como dos antigos membros dos parlamentos que tenham tomado parte nas assembleias anteriores, a qual, em conferencias em regra annuaes, discute problemas relativos á manutenção da paz e á organização da justiça internacional por meio da arbitragem, formulando os votos da União ácerca da resolução de semelhantes problemas; por um *conselho interparlamentar*, composto de dois membros de cada um dos parlamentos representados na União interparlamentar por grupos interparlamentares regularmente constituídos para promover nos respectivos países a realização dos fins da União, o qual dirige superiormente a mesma União, tomando todas as medidas proprias para favorecer o seu progresso, convocando as conferencias interparlamentares e provendo á execução das suas deliberações, formulando definitivamente as propostas que devem ser submittidas á assembleia geral, promovendo a formação de grupos interparlamentares nacionaes, sendo o órgão central das suas relações mutuas, etc.; pelo *bureau interparlamentar*, que funciona permanentemente em Berne, é gerido por um dos membros suíços do conselho interparlamentar, constitue o órgão administrativo do mesmo conselho e é o centro e archivo de tudo que respeita á União interparlamentar; finalmente, pelos *grupos interparlamentares*, creados por iniciativa dos seus membros, por eleição parlamentar ou por nomeação do presidente da respectiva camara para os fins indicados, os quaes se constituem nomeando uma commissão executiva encarregada de dirigir as suas operações e da correspondencia com o conselho interparlamentar e livremente regulamentam a sua organização e o seu funcionamento ¹.

¹ *Statuts de l'Union interparlementaire (Revision de Christiania, 1889)* nos *Actes essentiels* publicados pelo *Bureau* (Berne, 1902).

Desde 1889 tem a União celebrado treze conferencias, successivamente, em Paris (1889), Londres (1890), Roma (1891), Berne (1892), Haya (1894), Bruxellas (1895), Budapesth (1896), Bruxellas (1897), Christiania (1899), Paris (1900), Vienna (1903), S. Luis (1904) e Bruxellas (1905), proseguindo constantemente na realização da sua obra de sympathia e de fé ¹.

As sociedades e associações internacionaes de character meramente particular são numerosissimas e bastará recordar a enumeração que acima deixamos feita, para nos persuadirmos de que o direito internacional deveria definir a sua situação juridica dentro da communitade dos estados. A verdade é, porém, que, até hoje, não tõem essas organizações 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 *peçoas sociaes internacionaes*, reconhecendo e garantindo juridicamente um facto natural de ordem internacional.

No estado actual, semelhantes associações tõem 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, ou hão de limitar-se, se não adoptarem aquella constituição, a funcionar em cada país

¹ Sr. Dr. João de Paiva, *Relatorio ácerca das conferencias interparlamentares*, Lisboa, 1896; *Résolutions prises dans les huit conférences interparlementaires pour l'arbitrage et la paix*, 1898, e *Noticia ácerca da conferencia internacional da paz e arbitragem realizada em setembro de 1904, em S. Luis*; *Compte rendu de la VIII^e conférence de l'Union interparlementaire pour l'arbitrage internationale*, tenue en Bruxelles à 1897; *Idem de la IX^e*, Christiania, 1899; *Idem de la X^e*, Paris, 1900; *Idem de la XI^e*, Vienne, 1903, *Idem de la XII^e*, S. Louis, 1904.

em harmonia com os principios que ahi regularem o exercicio geral do direito de reunião.

Parece, porém, pouco natural, na sua primeira modalidade, e pouco efficaz, na segunda, este regimen juridico das organizações internacionaes de character particular. Parece pouco natural na primeira, pois escraviza ao modo de ser particular dum direito nacional a organização e o funcionamento de sociedades cujos elementos apresentam um character internacional, e pouco efficaz na segunda, já que é sempre precaria a situação duma collectividade que, sem uma situação definida, fique no exercicio das suas funcções á mercê do arbitrio da auctoridade administrativa ou policial de qualquer país.

Mais razoavel seria, por certo, a regularização, num tratado collectivo realizado entre os diversos estados, da situação juridica das sociedades internacionaes de character particular, determinando as condições geraes da sua organização e as bastantes garantias do seu funcionamento. Semelhante tratado, dando feição juridica definida a instituições reaes creadas pela evolução social e exigidas pelo progresso da humanidade, constitue na ordem internacional uma necessidade semelhante á das leis nacionaes reguladoras das associações particulares de cada país.

96. As sociedades meramente nacionaes podem, pelo seu desinvolvimento, assumir proporções que lhes dêem uma expansão internacional, exercendo a sua actividade fóra do país em que se constituem, e então entram naturalmente na esphera d'acção do direito internacional, o qual determinará se essa actividade *exterior* deve ser juridicamente garantida e qual a extensão de semelhante garantia.

As sociedades existentes dentro dum país organizam actividades e interesses da nação, concorrem para a formação da individualidade do estado, tal como elle entra na commuidade internacional, e, porisso, tambem devem merecer a protecção

do direito internacional, como direito regulador da comunidade de que ellas são visiveis factores. Qual, porém, a condição e a medida dessa protecção ?

A condição é que as sociedades estejam legalmente constituídas no país a que pertencem. Quando assim acontece, os estados civilizados, como membros da comunidade internacional, devem, em princípio, reconhecer o goso e o exercicio dos seus direitos ¹.

A medida de protecção fixa-se pelos seguintes direitos concedidos na ordem internacional ás sociedades legalmente constituídas num determinado país: 1.º) o direito ao reconhecimento do seu character legal por todos os estados civilizados; 2.º) o direito de proseguir por toda a parte a realização dum fim legitimo dentro das condições e dos limites traçados pelo poder territorial; 3.º) a faculdade de defender os seus direitos legitimos perante os tribunaes estrangeiros.

Estes direitos são tambem os attribuidos ás sociedades de character internacional que se constituam segundo a legislação dum determinado país.

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 274 a 427.

§ III

Os individuos ¹

SUMMARY: — 97. Constituição evolutiva do direito de personalidade. — 98. Creação historica da triplice ordem de direitos — politicos, civis e naturaes. — 99. O homem e os seus direitos internacionaes. Formação progressiva destes direitos e a verdadeira natureza da sua garantia. — 100. O homem como pessoa da sociedade internacional. Revelação e significação desta personalidade.

97. É um principio acceto por todos os estados civilizados que o homem constitue uma pessoa *jure suo*, com direitos proprios independentemente da sua qualidade de cidadão dum estado, e que esses direitos devem ser protegidos onde quer que elle exerça a sua actividade. Dahi deriva que o individuo encontra, em nossos dias, protecção para a sua pessoa e para os seus bens dentro de toda a comunidade internacional.

Este principio, que constitue indubitavelmente um dos grandes traços distinctivos do estado moderno, foi uma conquista progressiva e relativamente recente da civilização dos povos, tendo a condição do individuo sido muito outra durante largos periodos da historia humana, tanto em face do estado a que pertencia como perante os estados estranhos.

Effectivamente, a observação historica ensina que nas velhas sociedades, dentro do estado, nem todos os individuos possuíam

¹ FIORE, *Diritto internazionale codificato*, pagg. 31 e segg. e *Trattato*, 1, pagg. 436 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 427 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 209 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 361 e segg.; F. NEWTON, THORPE, *Le principe de représentation dans la démocratie américaine*, *Revue de droit public et de la science politique*, vol. 1, pagg. 17 e segg.; NYS *ob. cit.*, pagg. 214 e segg. etc.

uma personalidade jurídica e, fóra delle, ninguem 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 transmittir 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 jurídica 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 consequente 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 attribuiu 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.

Assim formado evolutivamente o direito de personalidade, não só se impôs ao respeito dos estados civilizados, mas tem feito com que estes, na impossibilidade de o fazer respeitar nos estados menos adiantados em civilização, procurem, comtudo, attenuar os effeitos do seu desconhecimento. Para nos convencermos da verdade destes factos, basta referir, dum modo geral, o que pensaram e praticaram em tempos afastados e o que hoje pensam e praticam os estados de civilização europeia ácerca da escravatura.

Na antiguidade era a escravatura uma instituição geral protegida pelas leis e pelos tribunaes de todas as nações, signal de que ella se harmonizava com o sentir geral dos povos, embora um ou outro espirito de eleição a julgasse absurda e as religiões e doutrinas progressivas a condemnassem como deshumana. Comtudo, as ideias e as condições sociaes foram mudando, o escravo transforma-se em colono ou servo

da gleba, este volve-se em trabalhador livre e firma-se progressivamente o principio de que nenhum homem pode ser propriedade doutro homem.

Os estados europeus entram, porém, no periodo das descobertas, adquirem dominios coloniaes, a escravatura revive com o recrutamento dos negros para a exploração das colonias e pratica-se largamente o trafico de escravos. Como primeiros navegadores e descobridores ao longo da costa africana, foram, por então, os portuguezes os primeiros negreiros, inaugurando, parece que em 1482, o trafico de escravos o capitão Antonio Gonçalves, o qual, desembarcando na costa do Ouro, trouxe consigo alguns negros, que veio vender ás familias mouras do sul da Hespanha¹. Outros países seguem, porém, logo o exemplo de Portugal, aproveitando a escravatura como regimen de trabalho e o trafico como ramo de commercio, mantendo-se esse estado de cousas até que, diante dos protestos da opinião geral e de incessantes reclamações em nome dos direitos da humanidade, os estados civilizados prohibiram o trafico de escravos e supprimiram a escravatura nos seus dominios e foi proclamada a necessidade dum accordo internacional para se reprimir efficazmente tão odioso commercio.

O movimento geral para a repressão do trafico pronunciara-se nos fins do seculo XVIII, e no congresso de Vienna, em declaração de 8 de fevereiro de 1815, as potencias reconheceram solemnemente a necessidade de pôr um termo o mais prompto possivel ao trafico dos negros, declaração confirmada no tratado de Paris de 20 de novembro do mesmo anno, re-

¹ Memoria acerca da extincção da escravidão e do trafico de escravatura no territorio portuguez, publicação do Ministerio da Marinha, Lisboa, 1889; O. MARTINS, *O Brasil e as colonias portuguezas*, pagg 49 e segg.; Sr. Dr. MARNOCO E SOUSA, *Historia das Instituições no direito romano, peninsular e portuguez*, Coimbra, 1905, pagg. 91 e segg.

petida nos congressos de Aix-la-Chapelle de 1818 e de Verona de 1822 e executada em muitos países, tanto por meio de actos legislativos como por meio de tratados tendentes á repressão do trafico de escravos. O movimento continuou progressivamente até que, por esforços da conferencia de Bruxellas de 1889 e 1890, se organizou a União internacional para a repressão do trafico, obrigando-se as potencias signatarias da convenção de 2 de julho de 1890 a cumprir uma serie de disposições tendentes a reprimir o trafico nos países de origem dos escravos, no seu transporte por mar ou por terra e bem assim nos logares de destino.

Mas a opinião do mundo civilizado a respeito da escravatura, revela-se repressivamente nas seguintes regras do direito internacional positivo acerca do trafico e da libertação dos escravos pertencentes aos estados que ainda reconhecem o trabalho servil, como os estados mussulmanos: a) A recusa da extradicação dum criminoso escravo segundo a lei do país que o reclama; b) O considerarem os estados anti-escravistas como livre o escravo que entra no seu territorio metropolitano ou colonial¹; c) O não reconhecimento nem da validade nem do character obrigatorio dos tratados que, directa ou indirectamente, tendem a consagrar ou a facilitar o commercio de escravos.

Esta acção internacional, desinvolvida em commum pelos estados mais adiantados em civilização para a abolição geral da escravatura ou para a repressão do trafico de escravos entre os estados menos cultos que ainda reconhecem o trabalho servil, prova, certamente, que o respeito pela personalidade humana é um dos principios dirigentes das nações de civilização europeia nas suas relações exteriores e constitue uma re-

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 427.

relação clara de que, contraposto ao pensamento antigo, o pensamento moderno vê no homem uma personalidade jurídica independentemente de toda a ideia de nacionalidade.

98. As ligeiras considerações que acabamos de fazer, ao mesmo tempo que mostram que o direito de personalidade foi o producto duma formação histórica, ainda nos habilitam a caracterizar a classificação usual dos direitos dos individuos em direitos *politicos*, direitos *civis* e direitos *naturaes*, e a dar a estes ultimos a sua verdadeira significação e o seu verdadeiro nome.

A organização evolutiva da humanidade em estados, dando logar ao apparecimento, nas diferentes sociedades nacionaes, dum organismo dirigente, dum governo, que representa os interesses geraes da collectividade, creou naturalmente uma serie de relações entre os individuos e o seu governo e tornou necessaria a constante coordenação das actividades individuaes com o interesse colectivo representado no estado.

Tem sido muito variavel o regimen da coordenação do elemento individual com o elemento social e tem passado por muitas modificações a situação do individuo perante o estado. Em geral, porém, a linha seguida, com maiores ou menores sinuosidades, por essas modificações tem sido orientada no sentido da affirmação progressiva da personalidade individual em face do poder publico, pela aquisição successiva de direitos que, de simples concessões graciosas e privilegiadas, se tornaram em qualidades inherentes á natureza humana. Esta ascensão jurídica da individualidade humana tem-se realizado e continua a realizar-se, effectivamente, pela aquisição de faculdades cada vez mais numerosas, as quaes atravessam tres graus característicos de vigor juridico e successivamente se chamaram direitos politicos, direitos civis e direitos naturaes.

A primeira phase de combinação do elemento individual

com o elemento social foi uma phase de absorpção, de com-penetrção do direito com o estado, em que o individuo só tinha as garantias que o soberano graciosamente lhe concedia, em que todos os seus direitos eram *politicos*, no sentido de que só representavam privilegios outorgados pelo poder publico e só pertenciam áquelles a quem expressamente eram conferidos, em regra, a classe que possuía e exercia aquelle poder.

Pela successiva concessão dos mesmos privilegios e pela sua concomitante generalização, alguns dos direitos politicos transformam-se insensivelmente em condições de vida social, como que crystallizam no estado de princípios e passam a constituir direitos *civis*, ou faculdades cujo reconhecimento geral se impõe ao poder publico como uma necessidade da existencia collectiva. É a segunda phase, em que a individualidade claramente reveste maior vigor, pois já a acompanham direitos que o estado reconhece e não póde recusar.

Mas a evolução continúa, o tempo faz esquecer a porfiada lucta que custou a conquista dos direitos *civis*, apparecem os philosophos que reconstruem a historia como um systema de deducção e identificam muitos daquelles direitos com a natureza humana, fala-se em direitos *naturacs* e organiza-se a *Declaração dos direitos do homem*. É o periodo final, em que o individuo tem direitos que nem são privilegios concedidos pelo poder dum estado, nem condições da existencia collectiva numa determinada sociedade nacional, mas qualidades da sua mesma natureza, faculdades inherentes á sua personalidade.

O resultado final desta curiosa evolução foi que, se o pensamento scientifico e o pensamento politico attribuíram ao homem direitos só da sua natureza derivados ou com ella intimamente identificados, semelhantes direitos deviam ser protegidos em toda a parte, dentro ou fóra do seu país natal. Para o seu gozo e exercicio devia transformar-se o homem em cidadão de

todos os estados, e era justo que a todos estes pudesse pedir a sua defesa. E até certo ponto já se produziu esta consequência da successão dos factos e das ideias relativamente aos direitos do individuo.

99. A identificação dos direitos do individuo com a sua natureza, conduzindo os estados civilizados — a reconhecer e a garantir ao homem, independentemente da sua nacionalidade, um certo numero de direitos com cujo gozo e exercicio elle pudesse dar satisfação, em qualquer parte, ás exigencias da sua conservação e do seu desinvolvimento — e a assegurar a protecção da lei e dos tribunaes a todos os estrangeiros dentro do seu territorio, significa claramente que a evolução juridica já creou para o individuo certos direitos *internacionaes*, que outra coisa não são os direitos que o homem pode gosar, exercer e defender em todos os estados civilizados.

Semelhantes direitos, que representam, sob uma nova forma, os direitos *naturaes*, são enumerados diversamente pelos internacionalistas, mas todas as enumerações se reduzem facilmente aos seguintes termos:

a) *Direito de liberdade, de personalidade e de inviolabilidade.* O progresso juridico eliminou a escravatura nos estados civilizados e hoje já se não comprehende que um homem seja a propriedade doutro homem ou do estado. A liberdade é patrimonio de todos e della resulta, por um lado, o direito de personalidade ou a capacidade de direitos e obrigações como condição da existencia individual em todos os estados cultos e resulta, por outro, a inviolabilidade da pessoa humana em qualquer nação policuada, desde que sejam cumpridas as prescripções das leis territoriaes que regulam o exercicio da actividade individual.

b) *Direito de conservar e desinvolver a vida physica.* Livre, susceptivel de direitos e obrigações e com a garantia da sua integridade pessoal, tem o homem o direito de procurar os

meios indispensaveis para viver, ou pelo trabalho material, ou pelas transacções commerciaes, ou por uma profissão, ou por qualquer outro meio legitimo, sendo-lhe assegurada a actividade economica e o gozo da propriedade adquirida no seu exercicio, sob a condição unica de se conservar nos limites marcados pela lei territorial.

c) *Direito de desinvolver e exercer as faculdades intellectuales e moraes.* Este direito, que é o complemento natural do anterior, faculta ao individuo o aproveitamento de todos os meios de instrucção e de educação de qualquer país, como as escolas, as bibliothecas e os museus, é efficazmente condicionado pela liberdade de consciencia, a qual assegura aquelle aproveitamento sem os obstaculos derivados de qualquer exclusivismo confessional.

d) *Direito de constituir legitimamente a familia.* O direito de casamento, que constitue, por certo, uma das condições fundamentaes da felicidade individual, é livremente concedido a todo o estrangeiro, desde o momento que não vá de encontro ás leis territoriaes de ordem publica, pois se considera como um resultado necessario do direito de personalidade.

e) *Direito de escolher e mudar de nacionalidade.* Como continuação natural do movimento que libertou o homem do dominio dum senhor e da adscrição á gleba, foi reconhecido aos individuos pelos estados civilizados a faculdade de mudarem de nacionalidade, disciplinando-se, comtudo, esse direito num instituto juridico chamado *naturalização*, que é destinado a acautelar os direitos e legitimas conveniencias dos estados interessados.

f) *Direito de emigração.* Com maior ou menor amplitude e subordinado a condições mais ou menos rigorosas, quasi todos os internacionalistas e quasi todos os estados reconhecem na faculdade de emigrar um dos direitos fundamentaes do homem, faculdade que consiste em o individuo poder deixar o seu país

e estabelecer a sua residencia de modo permanente em país differente, sem, porisso, perder a sua antiga nacionalidade. É semelhante direito o producto do principio de que os estados não devem, em geral, adscrever os seus subditos á permanencia no seu territorio e de que, ainda fóra deste, pode ser conservada a nacionalidade.

Estes differentes direitos formaram-se progressivamente, á medida que foi crescendo o respeito pela personalidade humana, e a sua realização vae-se tornando cada vez mais effizaz, pela successiva assimilação que, nos estados modernos, se opera entre nacionaes e estrangeiros, assimilação que hoje se pode considerar completa ou quasi completa no que respeita ás relações de direito privado, ou seja, relativamente á capacidade de gosar e exercer direitos, á constituição da familia, á propriedade, ás obrigações e ás successões. O direito privado de cada país como que se tornou uma concretização especial de simples direitos *naturaes*. O mesmo acontecerá successivamente no direito publico até ao ponto em que a segurança nacional e o respeito da soberania dos outros estados possam permitir a participação dos estrangeiros na criação dos órgãos do poder publico e mesmo no exercicio desse poder.

O indubitavel reconhecimento no homem de direitos independentes da sua condição de nacional dum país leva naturalmente a investigar onde reside a garantia desses direitos.

Alguns escriptores encontram essa garantia num pretendido direito universal derivado immediatamente da natureza humana, um direito humano, ou conjuncto de principios obligatorios que encontram na simples qualidade de homem uma causa sufficiente de applicação e de character impositivo. Esta concepção, porém, esquece que semelhantes direitos nem existiram sempre no tempo, nem hoje são reconhecidos universalmente no espaço. Formou-os vagarosamente o processo evolutivo que foram atravessando os estados de civilização europeia

e sustenta-os e desinvolve-os a consciencia da communitade de direito que hoje é patrimonio collectivo desses povos. E tanto assim, que a garantia geral espontanea desses direitos só os estados de civilização europea a asseguram convenientemente, tendo sido necessario impôr pela força aos estados menos civilizados o respeito dos chamados direitos naturaes do homem. Ora, se esses direitos são reconhecidos apenas pelos povos que formam a communitade internacional, que os consideram como outras tantas condições de existencia dessa communitade, a sua garantia reside evidentemente no direito internacional, que regula e assegura a conservação e desinvolvimento da mesma communitade.

100. Do que deixamos dicto, resulta que o homem pode e deve ser considerado como uma pessoa da sociedade internacional. A evolução juridica attribuiu-lhe direitos que todos os estados civilizados reconhecem, respeitam e defendem e que elle pode exercer em toda a esphera da communitade internacional, sob o patrocínio da lei e dos tribunaes dos estados que compõem essa communitade. Como uma formação historica, é certo, mas de difficil contestação, o homem tem na sociedade internacional uma individualidade considerada de direito proprio e não derivada duma concessão da soberania territorial ou do facto de ser nacional dum determinado estado, e, porisso, constitue, segundo o criterio que nos parece o mais seguro, uma pessoa do direito internacional. Se por vezes se attende á nacionalidade dos estrangeiros na determinação da sua situação juridica, não significa isso que o facto do individuo ser cidadão dum determinado estado represente uma condição indispensavel para lhe serem concedidas garantias juridicas fóra do seu país; apenas se pretende definir os seus direitos em harmonia com as leis mais consentaneas ao seu modo de ser pessoal, que por certo são as suas leis nacionaes,

e tanto assim, que, se o individuo não tem nacionalidade, nem por isso lhe deixam de ser attribuidas garantias juridicas. A nacionalidade, ou o laço que liga um individuo a um determinado estado, não é porisso a razão efficiente da concessão de direitos aos estrangeiros, mas um puro factor de maior justezã na attribuição desses direitos.

Não é, por certo, a personalidade internacional do homem semelhante á personalidade internacional do estado, nem o homem pode adquirir e exercer os direitos que pertencem ao estado, bem como não pode contrair e cumprir obrigações da natureza das contraídas pelos governos. Mas, porque o individuo pode exercer a sua actividade, não só na sociedade civil e na sociedade politica a que pertence, mas ainda na sociedade internacional, e não por uma graça dos governos, mas em nome dum direito incontestado, embora dum character especial, a sua personalidade internacional é uma realidade juridica e scientifica. O character especial dessa personalidade é que as faculdades do homem na ordem internacional são delimitadas pela legitima satisfação das necessidades da conservação da sua integridade physica e do desinvolvimento da sua integridade intellectual e moral.

CAPITULO II

Territorio nacional e territorio internacional

SECÇÃO I

Territorio nacional

§ I

Noção e elementos do territorio nacional ¹

SUMMARY : — 101. Noção de territorio e caracter geral do direito de soberania territorial. Determinação geral dos elementos do territorio. — 102. Dominio terrestre. Metropole e possessões. — 103. Dominio fluvial. Rios que atravessam o territorio dum só estado e rios que atravessam ou limitam o territorio de dois ou mais estados. — 104. Dominio marítimo. Mar litoral. Mares abertos ou livres. Mares fechados. Mares interiores. Golfos, baías e portos. Estreitos e canaes. Direitos do estado sobre o seu dominio marítimo. — 105. Dominio lacustre. Lagos interiores e lagos cercados por territorios de diversos estados. — 106. *Dominio ário*: significado, extensão e conteúdo. — 107. Fronteiras. Fronteiras naturaes e fronteiras convencionaes.

101. A acção da sociedade internacional, que é a cooperação dos estados civilizados para a realização de fins communs,

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 451 e segg.; BLUNTSCHLI, *ob. cit.*, §§ 276 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 261 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 433 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 127 e segg.; PRÉDRIÈVRE, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 323 e segg.; OLIVI, *Diritto internazionale*, pagg. 231 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 135 e segg.; POINSARD, *ob. cit.*, pagg. 13 e segg.; NYS, *Le droit international*, pagg. 402 e segg.; BIGLIATI, *ob. cit.*, pagg. 72 e segg.; etc.

exerce-se naturalmente numa esphera geographica tambem *commum*, havendo como que um *territorio internacional*, base physica daquella cooperação. Esse territorio compõe-se fundamentalmente de dois elementos — o territorio sujeito ao poder soberano dum estado e onde a actividade internacional se exerce mediante uma restricção *consentida* da soberania exclusiva desse estado, como acontece com a fixação e funcionamento das instituições internacionaes, como os congressos, as conferencias, os officios e os tribunaes internacionaes —, e o territorio que, sem pertencer exclusivamente a país algum, constitue uma communhão dalgumas ou de todas as nações, como é, por exemplo, o alto mar, onde todos os estados exercem livremente direitos eguaes. Impõe-se, porisso, a delimitação precisa do territorio sujeito ao dominio jurisdiccional dum estado, que chamaremos *territorio nacional*, onde a actividade internacional é exercida por *consentimento* do estado respectivo, para depois estudarmos os elementos do territorio onde a acção internacional não está dependente da vontade de estado algum e que denominaremos *territorio internacional*.

O *territorio nacional* é a porção do globo terrestre submettida á soberania dum estado. A soberania politica nas suas relações com o territorio toma o nome de *soberania territorial*.

O territorio constitue um dos elementos fundamentaes da independencia politica e não se compreende sem elle a existencia do estado moderno. Todavia, a soberania territorial não equivale á propriedade segundo os principios do direito privado, mas a um poder meramente politico, que confere ao estado um direito superior e independente de governo e administração. O moderno direito publico distingue nitidamente a soberania territorial da propriedade, considerando aquella pura e simplesmente como a *jurisdicção suprema e exclusiva* do estado

dentro de certos limites geographicos e a sujeição duma certa porção do globo aos poderes politicos duma nação. A propriedade ou a faculdade de aproveitamento das utilidades economicas de determinados elementos do territorio não é hoje inherencia da soberania e, se pode pertencer em certos casos ao estado, considerado como pessoa moral, tambem pode pertencer e pertence, em larguissima escala, aos individuos como um direito proprio e não como concessão do poder publico.

O territorio nacional ou *dominio jurisdiccional* do estado pode ser constituído, não só pela *terra firme*, que é sempre o elemento fundamental, mas pelos rios, mares, lagos e espaços aérios que dependem do mesmo poder soberano. Podendo assim o territorio ser formado por um *dominio terrestre*, por um *dominio fluvial*, por um *dominio maritimo*, por um *dominio lacustre* e por um *dominio aério*, cumpre estudar successivamente cada uma destas fórmulas de dominio, para determinar os direitos do estado sobre cada uma dellas.

102. a) *Dominio terrestre.* O dominio terrestre duma nação, formado pela porção do globo em terra firme sujeita ao poder dum estado, pode constituir um todo indivisivel, ou apparecer com soluções de continuidade, de modo que as suas partes se encontrem dispersas e mais ou menos afastadas umas das outras, como acontece nos estados coloniaes. Esta circumstancia, porém, não prejudica a unidade juridica do estado, representando as possessões territoriaes um só todo perante o direito internacional, á parte a distincção que naturalmente deve estabelecer-se entre o territorio *principal*, ou aquelle em que reside o governo com os grandes corpos do estado e que constitue o que geralmente se chama a *metropole*, e os territorios *accessorios*, colonias, possessões e dependencias que se encontrem em continentes ou ilhas distantes e que, subordinadas ao poder

soberano da metropole, podem ser administradas segundo um regimen especial, em harmonia com as condições particulares que porventura offereçam.

O dominio terrestre comprehende o solo de modo integral, isto é, tanto as terras cultivadas ou exploradas e as construcções pertencentes em propriedade aos particulares ou a qualquer pessoa moral e, portanto, ao estado, como todos os espaços não appropriados, incultos, deshabitados, inhabitaveis, desertos, pantanos, etc., e abrange bem assim o subsolo sem limites de profundidade, o que é certamente importante sob o ponto de vista, por exemplo, das minas, dos túneis e dos cabos submarinos. Comtudo, sobre os espaços não appropriados particularmente tem o estado, não só direitos de soberania, mas um verdadeiro direito de propriedade, intendendo-se, por exemplo, que os incultos, que não tiverem sido individual e legitimamente appropriados, são propriedade do estado, competindo ao mesmo estado fixar as condições em que os particulares podem adquiri-los.

Dentro do dominio terrestre, exerce o estado, de modo independente, todos os direitos jurisdiccionaes no exercicio das suas funções soberanas, apenas com as limitações que, por uma fôrma expressa ou tacita, elle *consentidamente* acceite em virtude da sua participação na communitate internacional e em obediencia ás exigencias das suas relações pacificas com os outros estados.

103. b) *Dominio fluvial.* O dominio fluvial dum estado comprehende: os rios que nascem no seu territorio e nelle correm exclusivamente; a parte dos rios que atravessam esse territorio desde a nascente até ao ponto de saida ou desde o ponto de entrada até ao ponto de saida, se os rios nascem no territorio doutro estado; finalmente, a parte dos rios, que apenas banham o mesmo territorio e o separam doutro estado, que

vae da margem até á linha media da corrente, fixando-se esta linha nas correntes navegaveis ou fluctuaveis, não exactamente ao meio do leito do rio, como se fazia em tempos passados, mas no meio da maior corrente ou no fio de agua que se move com mais velocidade, que hoje se chama *thalweg*. O systema do *thalweg* pareceu preferivel, não só porque a nova demarcação é relativamente estavel, mas ainda porque se julga que ella satisfaz mais equitativamente os interesses dos estados marginaes, respeitando o direito egual que elles tẽem ao uso util do rio commum.

São, pois, tres as modalidades que pode offerecer o dominio fluvial e que consideraremos separadamente em relação ao direito de soberania e ao direito de navegação.

1.º) *Direito de soberania*. Os rios que nascem e correm exclusivamente no territorio dum estado, a que se dá o nome de *rios nacionaes*, estão submettidos á soberania e á jurisdicção desse estado e, sendo correntes navegaveis ou fluctuaveis, fazem parte do seu dominio publico.

Os rios que atravessam successivamente o territorio de varios estados, os quaes com os que separam dois ou mais estados formam os denominados *rios internacionaes*, fazem parte do dominio de cada um desses estados, respectivamente, desde a nascente ou desde o ponto de entrada até ao ponto de saída, e, na mesma extensão, ficam sujeitos á sua soberania e á sua jurisdicção.

Quanto aos rios que separam dois estados, attribuem-se a cada um dos estados marginaes direitos de soberania e de jurisdicção até á linha media da corrente, a não ser que, por um titulo legitimo, um dos estados tenha adquirido o dominio de todo o rio, e embora os usos ou tratados possam tornar commum aos nacionaes dos estados ribeirinhos a pesca em todo o rio, como, relativamente aos rios Minho e Guadiana, o estabelece o tratado de commercio e navegação de Portugal

com a Hespanha de 27 de março de 1893 (Appendo 6.º, art. 5.º) ¹.

2.º *Direito de navegação.* O direito de navegação num rio nacional pertence exclusivamente ao estado em cujo territorio esse rio corre. Todavia, se é esta a actual solução positiva do direito internacional, ha na doutrina uma decidida tendencia para admittir o principio da liberdade de navegação pacifica para todos os estados nos rios nacionaes, salvandõ-se embora para os estados atrevezados por esses rios o direito de tomar todas as medidas proprias para garantir a segurança e a inviolabilidade do seu territorio. Semelhante tendencia parte da consideração de que a navegação nos rios nacionaes é um meio de facilitar o commercio internacional, pode ser o processo de mais economicamente dar saída aos productos agricolas e industriaes dum estado encravado que fique a pequena distancia daquelles rios e, servindo os interesses da communitade internacional, não lesa as legitimas conveniencias nacionaes do estado a que os rios pertençam em soberania.

Relativamente aos rios internacionaes, é hoje universalmente admittida, em principio, a liberdade de navegação commercial e, sob a acção jurisdiccional e policial dos estados marginaes, encontram-se aquelles rios abertos ao commercio de todos os países. Alguns mesmo — o Paraná e o Uruguay por tratado de 10 de julho de 1853, o Danubio, desde as Portas de Ferro, pelo tratado de Berlim de 13 de junho de 1878, e o Congo e o Niger pelo tratado de Berlim de 26 de fevereiro de 1885, — foram já *neutralizados*, para o effeito de garantir a liberdade de navegação commercial, em tempo de guerra, tanto dos estados neutros como dos belligerantes. O principio da liberdade de navegação, relativamente novo, como em breve teremos occasião de ver,

¹ Carta regia de 21 de agosto de 1893.

baseia-se nas necessidades do commercio internacional, que constitue um direito de todos os estados, na sua innocuidade relativamente aos direitos e interesses dos estados marginaes, desde que lhes seja reservado o direito de jurisdicção e de policia, e até na vantagem mesma desses estados, sendo certo que a sua riqueza e prosperidade aproveitam com que elles se tornem emporio das mercadorias da maior parte dos estados.

Os rios internacionaes conservam o seu caracter quando os estados que elles banham venham a fundir-se num só estado e na realidade elles passem a atravessar o territorio dum só estado. Foi o caso do Pó que, correndo, depois da unificação da Italia, apenas em territorio italiano, ficou aberto á navegação internacional. Como escreve RIVIER a liberdade de navegação para todos os pavilhões está adquirida e continúa a existir ¹.

104. c) *Dominio maritimo*. O dominio maritimo dum estado, tambem chamado *territorio maritimo*, pode ser formado pelo mar littoral, por mares abertos ou livres, por mares fechados, por mares interiores, por golfos, baías e portos, e por estreitos ou canaes. Estudemos cada um dos seus elementos.

1.º) *Mar litoral*. Intende-se por mar litoral a parte do mar que banha as costas dum estado. Esta porção de mar é geralmente considerada como uma continuação do territorio marginal do estado, e, porisso, sujeita á sua soberania. Ás leis, auctoridades e tribunaes desse estado está sujeito, em principio, tudo o que existe e tudo o que se faz no mar litoral, abrangendo a sua jurisdicção e a sua policia todas as pessoas que ahi se encontrem e todos os actos que ahi se pratiquem.

¹ *Ob. cit.*, pag. 228.

Este prolongamento da soberania territorial é justificado pelas exigencias da conservação e da segurança do estado sob o ponto de vista militar, sanitario e fiscal, e bem assim sob o ponto de vista dos interesses industriaes, principalmente da pesca. Em verdade, a necessidade de prevenir o estado contra imprevistos ataques exteriores e de garantir a sua defesa em tempo de guerra, a necessidade de preservar de epidemias, a necessidade de fazer respeitar o seu regimen alfandegario, como regulador dos seus interesses industriaes e commerciaes, e a necessidade de assegurar a existencia das populações de á beira mar pela appropriação das utilidades que lhes pode offerecer o mar proximo ás costas, são razões sufficientes para legitimar a entrada do mar litoral no dominio do estado.

Mas, sendo legitimo o poder do estado sobre o mar litoral, até que distancia deve alcançar aquelle poder e como fixar a extensão deste mar?

Desde que se formou a ideia de que o mar podia ser sujeito á soberania dos estados, appareceram os criterios mais divergentes para demarcar o dominio maritimo de cada estado. Os auctores mais antigos manifestavam a tendencia para alargar os limites do mar litoral, com o fim de evitar as incursões dos piratas e das nações belligerantes, quando os piratas infestavam os mares e os principios do direito internacional eram ainda mal definidos e pouco applicados, intendendo uns que elle devia abranger uma extensão de sessenta milhas, elevando outros a cem milhas essa extensão, e limitando-se alguns, como LINCENIUS, á indicação arbitraria de que o mar litoral devia ter uma extensão igual á distancia percorrida em dois dias de viagem. Nos auctores modernos encontram-se igualmente soluções differentes. Estes concedem ao estado marginal a extensão de mar de que elle tenha necessidade, aquelles a alcançada pelo horizonte visual, e alguns a determinada pelo limite em que a sonda já não possa encontrar fundo.

A par com estas soluções excessivas ou arbitrárias, foi-se formando na sciencia um principio que obteve acceitação geral e veio a constituir una solução positiva do direito internacional. Este principio, segundo o qual a porção de mar submetida á jurisdicção e ao poder dum estado deve acabar onde expira a força das armas, foi nitidamente formulado, nos principios do seculo XVIII, por BYNKERSHOEK nos seguintes termos — «generaliter dicendum esset — *protestatem terrae finire, ubi finitur armorum vis*», devendo, porisso, o dominio do estado marginal alcançar «*quousque tormenta exploduntur*». Em harmonia com um tal principio, a maior parte dos auctores e a pratica internacional fixaram a extensão do mar territorial pelo alcance maximo da artilharia, chamando-se geralmente ao limite por essa fórmula determinado a *linha de respeito*. O *alcançe do projectil de canhão*, que se considera a medida racional do mar litoral pela circumstancia de a linha de respeito representar o limite onde acaba a protecção da artilharia de terra e donde se torna inoffensiva a presença da artilharia naval, é a *medida de direito commum, que deve ser respeitada quando não haja convenção em contrario*.

Para dar precisão aos limites do mar territorial, algumas nações e alguns tratados, em harmonia com o estado da artilharia e da balística numa epoca já passada, fixaram em tres milhas (de 1:852 metros) ou em uma legua maritima (5:556 metros) a extensão do mar territorial, como, por exemplo, o fizeram a Inglaterra no *Territorial Waters jurisdiction act* de 1878 e a França na lei de 1 de março de 1888 relativa á pesca nas costas da França e da Argelia, e apparece na convenção de Constantinopla de 29 de outubro do mesmo anno, relativa ao canal de Suez, assignada pela Allemanha, Austria, França, Hespanha, Inglaterra, Italia, Países Baixos, Russia e Turquia, que fixou o raio de protecção dos portos de accesso do canal em tres milhas, considerando ainda o tribunal arbitral

de Paris de 1893, encarregado de resolver a questão das pescarias do mar de Behring, como normal aquella extensão do mar territorial e usando até a expressiva phrase: «*o limite ordinario de tres milhas*». Outros estados, ou por leis particulares ou por tratados, estabelecem um limite fixo, mas maior, ou com um caracter geral ou para fins especiaes. Assim, o tratado entre a França e o Mexico de 27 de novembro de 1886 fixou em vinte kilometros o ambito da politica aduaneira, e o tratado de commercio e navegação entre Portugal e Hespanha de 27 de março de 1893 estabeleceu o limite de 6 milhas na determinação da zona dentro da qual o direito geral de pesca ficou reservado exclusivamente aos nacionaes dos dois países, bem como estabeleceu o limite de 12 milhas para a zona de prohibição do emprego de parellas, muletas ou outros apparelhos de effeito nocivo¹. Todavia, não deve esquecer-se que o limite de direito commum fica sempre o do maior alcance da artilharia e os limites especiaes só obrigam os estados que acceitem as convenções que os estabelecem ou reconheçam as leis que os fixam.

Apesar de logico, o systema de medir a extensão do mar territorial pelo maior alcance do tiro de canhão tem visiveis inconvenientes e dali a formação dum movimento doutrinal, tendente a corrigir os seus defeitos. O defeito mais grave está em que, tornando os successivos progressos da artilharia e da balistica cada vez maior o alcance do tiro de canhão, a logica do systema levaria a alargar excessivamente o mar territorial e a extender os direitos de jurisdicção e de policia dos estados marginaes mais do que o exigem as necessidades da sua conservação e defesa sob o ponto de vista economico, fiscal e sanitario, em prejuizo do principio da liberdade dos mares e até

¹ Appenso 6.º, artt. 2.º e 3.º (Carta regia de 21 de agosto de 1893).

da possibilidade de os mesmos estados cumprirem os proprios deveres dentro das aguas territoriaes, como a policia da navegação e a segurança dos navios. O meio de remediar semelhante inconveniente não pode ser outro senão a fixação dum limite que pareça sufficiente para garantir os legitimos interesses de cada estado, independentemente do alcance da artilharia. Eleve-se a quatro, cinco ou seis milhas a extensão do mar territorial, mas assente-se num limite, que, respeitando os interesses nacionaes, salve as conveniencias internacionaes ligadas com a liberdade dos mares. Mas deverá desprezar-se a necessidade da defesa dos estados marginaes contra os actos de hostilidade praticados no mar e dentro dum raio tal, que possam attingir as suas costas, quando elles sejam neutros? Tão pouco, e essa necessidade será attendida, estabelecendo-se que, em caso de guerra, os estados neutros ficam com o direito de fixar a sua zona de neutralidade até ao alcance maximo da artilharia. Com o estabelecimento das duas zonas, uma de *jurisdição* e outra de *neutralidade*, ficam devidamente acautelados os direitos e os interesses dos estados marginaes e não se restringe escusadamente o principio da liberdade dos mares. Esta doutrina da dupla zona, sustentada por BARCLAY, em dois relatorios apresentados ao Instituto de direito internacional nas sessões de Genebra em 1892 e de Paris em 1894, e discutida pelo Instituto na sessão de Paris, foi por este adoptada nas conclusões votadas, a 31 de março de 1894, sobre a definição e o regimen do mar territorial. No artigo 2.º do seu projecto de regulamentação do mar territorial, propõe o Instituto que o mar litoral tenha uma extensão de seis milhas maritimas, a partir da maré baixa, em toda a extensão das costas, e no artigo 4.º accrescenta que, em caso de guerra, o estado marginal neutro tenha o direito de fixar, na declaração de neutralidade ou em declaração especial, a sua zona de neutralidade, para alem de seis milhas, até ao alcance da

artilharia das costas. O systema proposto pelo Instituto concilia evidentemente as necessidades da defesa em tempo de guerra com as necessidades geraes da conservação em tempo de paz ¹.

A extensão do mar territorial começa a medir-se, segundo a opinião commum, a partir da linha da baixamar. Deve, porém, notar-se que alguns escriptores intendem que a zona territorial deve começar na parte da margem onde o mar não toca, mesmo na maré alta, pela circumstancia de que aquella zona é um meio de defesa e, porisso, deve principiar onde a defesa pode a todo o tempo tornar-se effectiva. Num caso ou noutro, o limite do mar territorial é uma linha parallela á costa e della afastada, em regra, quanto pode alcançar um projectil de canhão lançado do extremo da terra firme.

1.º) *Mares abertos ou livres*. Se um mar é cercado pelo territorio de diversos estados e communica, por meio dum estreito, com o oceano ou com um grande mar, constitue um mar *livre*, não podendo o estado a que pertencem as duas margens do estreito fechar a passagem aos navios dos outros estados marginaes ou impedir o áccesso aos navios estrangeiros na sua communicação com esses estados, uma vez que a navegação seja pacifica e a passagem seja innocente e, portanto, não seja ameaçada a segurança do seu territorio. Todos os estados marginaes têm direitos de soberania ou dentro da linha de respeito, sendo livre a parte central, se para tanto derem as proporções do mar, ou numa area correspondente á respectiva margem, não se verificando a anterior condição. Se o canal de communicação não puder ser dominado pela artilharia de

¹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, tom. 12, pagg. 104 e segg., e tom. 13, pagg. 125 e segg. e 281 e segg.; DE MARTENS, *R. D. I.* P., tom. 1, pagg. 91 e segg.

terra, o mar é plenamente *aberto* aos navios de guerra e de commercio de todas as nações.

2.º) *Mares fechados*. Um mar é fechado quando communica com o oceano ou com um grande mar por um estreito ou canal, as suas margens e os dois lados do estreito pertencem ao mesmo estado, e este pode, com as suas baterias, dominar o mesmo estreito. Em semelhante caso o mar é todo jurisdiccional e inteiramente sujeito á soberania do estado a que pertence o territorio marginal. É o que se dá com o mar de Azof, todo marginado por territorio russo.

3.º) *Mares interiores*. Chamam-se assim os mares que não têm communicação directa e apparente com o oceano. Taes são o mar Morto, o mar Caspio e o mar d'Aral.

Se o mar interior é inteiramente cercado pelas terras dum só estado, tem este sobre elle direitos de soberania absolutos e exclusivos como sobre qualquer parte do seu dominio terrestre. É o que acontece com o mar Morto em relação ao Imperio Ottomano.

Quando o mar interior é cercado pelo territorio de dois ou mais estados, exerce cada um destes, salva convenção em contrario, direitos de soberania até á linha de respeito, ficando livre a parte central para todos os estados marginaes e livre tambem a navegação em todo o mar para estes estados. Devia ser tal a situação do mar Caspio, cujas margens pertencem á Russia e á Persia, se os tratados de Gulistan de 1813 e de Toukmantschai de 1828 o não collocassem sob a soberania moscovita, concedendo á Russia o direito exclusivo de naquelle mar conservar navios de guerra.

4.º) *Golfos, baías e portos*. Os golfos e baías cercados pelo territorio dum só estado e cuja entrada é sufficientemente estreita para ser dominada pela artilharia de terra fazem parte do territorio nacional e sobre elles exerce o respectivo estado todos os direitos de soberania. São equiparados a mares fe-

chados. Os golfos e baías cercados pelo territorio de varios estados são juridicamente equiparados a mares livres, qualquer que seja a largura da sua entrada. Se, todavia, a sua extensão for tal, que exceda o alcance da artilharia, são equiparados ao alto mar. Em tal caso, os estados marginaes apenas dominam numa parte correspondente ao mar litoral.

Os portos pertencem em soberania ao estado junto de cujo territorio se encontram e são, além disso, considerados como dependencia do seu dominio publico. O estado, a que pertence um porto, pode, porisso, fazer delle o uso que intender conveniente, uma vez que respeite os deveres que lhe impõe o direito internacional relativamente ás outras potencias. As regras mais geraes que devem orientar o procedimento dos estados no uso dos portos são summariadas por DESPAGNET do seguinte modo: 1.º) um porto qualquer não pode ser fechado a um navio estrangeiro que ali procura abrigo contra uma tempestade ou contra a perseguição dum inimigo; 2.º) os portos militares podem ser fechados a todos os navios estrangeiros, de guerra ou mercantes; 3.º) a entrada de navios de guerra estrangeiros num porto militar ou de commercio pode ser submettida a certas restricções ou quanto ao numero de navios que ali podem entrar ou quanto á demora que ali podem ter; 4.º) pode ser livremente regulamentada a entrada dos navios mercantes estrangeiros, designadamente sob o ponto de vista fiscal, desde que se não estabeleçam differenças entre os estados, para evitar possiveis represalias, salvando-se, porém, as differenças provenientes de convenções economicas em que os estados se concedem vantagens reciprocas¹. Importa accrescentar, com PRADIER, que é doutrina corrente que os estados não devem recusar absolutamente e sem gra-

¹ *Ob. cit.*, pag. 485.

ves razões aos estrangeiros os seus portos para as necessidades do commercio e da navegação, não devem exigir direitos de navegação exaggerados, e devem conceder aos navios admittidos nos seus portos tudo que lhes possa ser necessario, util, ou mesmo agradavel, bem como deixá-los estacionar o tempo que desejarem e partir no momento que julgarem opportuno ¹.

Um porto commercial pode ser *aberto*, *fechado* ou *franco*. Fechado, aquelle cuja entrada é vedada aos navios estrangeiros fóra dos casos de necessidade; aberto, aquelle cuja entrada é facultada ao commercio de todas as nações mediante o pagamento de direitos aduaneiros; franco, aquelle cuja entrada é livre de direitos alfandegarios, embora as mercadorias por elles importadas devam pagar, ao entrar no interior do país, as imposições aduaneiras. Em geral, nos portos dos estados civilizados, é livre a entrada dos navios de commercio de todas as nações. Os direitos que os mesmos navios ali podem pagar, mais que um mero lucro, são a indemnização das despesas feitas pelo estado para a sua construcção, conservação, illuminação, etc.

5.º) *Estreitos e canaes*. O estreito que conduz a um mar fechado pertence ao estado cujo territorio atravessa. Sobre elle exerce o mesmo estado todos os direitos de soberania e de jurisdicção e pode legitimamente impedir a sua passagem. Todavia, deverá conceder a passagem innocente aos navios mercantes estrangeiros, pois o contrario seria renunciar á liberdade commercial.

Se o estreito conduz a um mar aberto e as suas margens pertencem a um mesmo estado, o qual o pode dominar com a sua artilharia de terra, esse estado exerce no estreito a sua

¹ *Ob. cit.*, pag. 213.

jurisdição e pode tomar todas as medidas necessarias á sua segurança e conservação, mas não pode recusar a passagem aos navios militares ou mercantes das outras nações. Existe nestes estreitos a liberdade de passagem como corollario da liberdade do mar e como meio de permittir o exercicio do direito que deriva desta liberdade. Tal é a situação dos estreitos que ligam o mar do Norte ao Baltico, e devia ser a dos Dardanellos e do Bosphoro, que ligam o Mediterraneo ao mar Negro, se a convenção de Paris de 30 de março de 1856, chamada a *Convenção dos estreitos*, concluída entre a Turquia, a França, a Inglaterra, a Prussia, a Russia e a Sardenha, não confirmasse o principio, já estabelecido no tratado de 13 de julho de 1841 e mais tarde confirmado pelo artigo 63.^o do tratado de Berlim de 1878, da não admissão naquelles estreitos dos navios de guerra estrangeiros, para ahí ser livre apenas a navegação commercial ¹.

Se as margens do estreito pertencem a estados differentes, cada um destes exerce a sua jurisdição até á linha de respeito, ou simplesmente até uma *linha media*, se a largura do estreito não comportar a formação de zonas litoraes completas.

Dos estreitos naturaes approxinam-se os estreitos artificiaes ou *canaes marítimos* creados para facilitar a navegação e favorecer as communicações. Estes canaes são, em regra, construidos no territorio dum só estado, pertencem ao seu dominio publico e estão plenamente submettidos aos seus direitos de soberania e de jurisdição.

Comtudo, os canaes marítimos quando construidos com um fim de interesse geral são naturalmente abertos á navegação commercial de todas as nações, mediante o pagamento de cer-

¹ *Nouveau Recueil Général de Traités*, 1.^o série, xv, pag. 782.

tas taxas destinadas a remunerar o capital empregado na abertura do canal e a cobrir as despesas da sua conservação. Quanto aos navios de guerra, parece, em principio, que ao estado proprietario dum canal maritimo cabe o direito de se oppor á sua passagem, mesmo em tempo de paz. É, porém, certo que as boas relações desse estado com as potencias podem exigir que o canal seja aberto á passagem dos navios de guerra, estabelecendo-se então essa passagem em determinadas condições, como aconteceu com o canal de Suez, de que adiante falaremos, e como acontecerá com o canal interoceânico do Panamá, como já se deixa ver do tratado de 18 de novembro de 1903 entre os Estados Unidos e a Republica do Panamá, em que esta republica concedeu á republica norte-americana o monopolio da construcção, conservação e exploração de todo o systema de communicação por meio dum canal ou de caminhos de ferro, através do territorio da republica do Panamá, entre o mar das Caraibas e o oceano Pacifico ¹.

6.º) *Direitos sobre o dominio maritimo.* Divergem muito os internacionalistas ácerca da natureza geral do direito dos estados sobre o mar litoral, sustentando uns que é um verdadeiro direito de propriedade, pretendendo outros que não passa dum direito de soberania, e afirmando LAPRADELLE, com certa originalidade, que não é um direito de propriedade nem um direito de soberania, representando o mar litoral apenas uma parte do mar livre, commum a todas as nações, sobre a qual o estado marginal possui *servidões costeiras* destinadas a garantir os seus interesses. Todavia, se bem que mais geralmente seguida a doutrina do direito de soberania, praticamente não tem a controversia maior importancia, chegando as doutrinas divergentes a resultados quasi identicos, emquanto,

¹ R. D. I. P., 1904, pag. 505.

por um lado, como nota PRADIER, o espirito de cosmopolitismo que prevalece na epoca actual faz participar o mar litoral da liberdade geral dos mares, sendo de uso que todo o navio de guerra ou de commercio possa atravessar livremente o mar territorial estrangeiro... sob a condição unica de se submeter ás medidas de policia e ás disposições militares tomadas pelo estado marginal para a protecção dos seus interesses fiscaes, defesa dos interesses da população costeira e segurança do territorio continental, e sendo, além disso, doutrina assente que os estados marginaes não só não podem impedir a navegação commercial aos navios estrangeiros que se submettam aos seus regulamentos, mas não devem sujeitar a simples passagem dum navio estrangeiro nas aguas territoriaes ao pagamento de direitos, e, por outro lado, todos accordam em conceder aos estados ribeirinhos os direitos necessarios para acautelar os interesses nacionaes.

Estes direitos podem reduzir-se a quatro principaes: direito de pesca, direito de cabotagem, direito de policia e direito de jurisdicção.

α) *Direito de pesca.* Os internacionalistas são accordes em admittir que os estados marginaes podem reservar-se o monopolio absoluto do direito de pesca e de, em geral, colher os productos do mar nas aguas territoriaes em beneficio das populações do litoral. Praticamente, porém, nem todos os estados transformam a pesca num direito exclusivo dos seus nacionaes.

Uns, como Portugal ¹, a Inglaterra e a Hespanha, seguem

¹ Embora o Codigo civil permittisse a todos, sem distincção de pessoas, a pesca nas aguas publicas e communs, resalvou, comtudo, as restricções postas pelos regulamentos administrativos (art. 395.º), e o decreto de 14 de dezembro de 1885 determinou que a pesca nas aguas jurisdiccionaes maritimas só era permittida aos pescadores nacionaes

um systema de exclusivismo; outros, como a Belgica, a Suecia e a Noruega, concedem favores especiaes aos nacionaes, mas não excluem os estrangeiros; outros finalmente, como a Grecia e os Estados Unidos, admittem a liberdade de pesca para todos. O limite das aguas territoriaes para o effeito da pesca é ordinariamente fixado á distancia de tres milhas da costa, referidas á maré baixa ¹.

β) *Direito de cabotagem*. Em razão dos seus interesses economicos e das necessidades da sua segurança, o estado pode reservar aos nacionaes o commercio entre os portos do seu litoral. Embora o direito de cabotagem seja reservado aos seus nacionaes pela maior parte dos estados europeus, não é uniforme a pratica das nações, estabelecendo a Inglaterra e a Hespanha a liberdade de cabotagem sob a condição de reciprocidade e reconhecendo-a a Belgica sem restricção alguma. Em Portugal, foi o commercio de cabotagem attribuído exclusivamente aos navios portuguezes pelo art. 1315.º do codigo commercial de 1833, como um meio de protecção á marinha mercante nacional. A generalidade do privilegio foi, porém, considerada como economicamente inconveniente e porisso foi successivamente limitado o principio absoluto do codigo de 1833, fixando o regimen actual do direito de cabotagem dois decretos de 4 de julho de 1902 e o decreto de 23 de janeiro

(art. 1.º) e que as embarcações de pesca estrangeiras não podiam approximar-se de algum ponto da costa, a menos de 6 milhas (art. 3.º), sendo o mesmo principio consignado no tratado de commercio e de navegação, appenso 6.º, artt. 2.º e 3.º, entre Portugal e Hespanha, de 27 de março de 1893 (Vide Sr. Dr. TEIXEIRA D'ABREU, *Lições de direito civil portuguez*, n.º 72).

¹ O decreto de 1885 e o tratado com a Hespanha fixam aquelle limite á distancia de 6 milhas a contar da linha da baixamar das maiores aguas.

de 1905, de cujas disposições resultam as regras seguintes: a) São reservados á navegação portuguesa — 1.º) o trafego marítimo entre os portos do continente do reino, entre estes e os portos do archipelago dos Açores e entre estes ultimos portos, — 2.º) o trafego marítimo entre as possessões portuguezas do Atlantico e os portos do continente do reino e das ilhas dos Açores e Madeira, — 3.º) o trafego marítimo entre os portos de cada uma das possessões portuguezas no Atlantico (Dec. n.º 1 de 1902, artt. 5.º e 7.º, dec. n.º 2, artt. 5.º e 7.º, e dec. de 1905, art. 5.º, n.ºs 1, 2, e 3); o trafego marítimo nos portos interiores da provincia de Moçambique, excluindo os do Zambeze, e entre elles e os demais portos oceanicos da mesma provincia, trafego reservado á cabotagem nacional da provincia (Dec. de 1905, art. 6.º, alinea a); b) são facultados a todos os navios nacionaes e estrangeiros — 1.º) a navegação e o trafego marítimo entre os portos das possessões portuguezas a leste do cabo da Boa Esperança, e entre estes portos e qualquer dos portos das possessões portuguezas do Atlantico, das ilhas dos Açores e Madeira e do continente de Portugal (Dec. de 1902 e dec. de 1905, art. 6.º), — 2.º) o trafego marítimo entre os portos da provincia de Angola ao norte da foz do Loge e os portos situados ao sul do paralelo de 2º 30' sul, comprehendendo os do estuario do rio Zaire (Dec. n.º 2 de 1902, art. 5.º, § unico, e dec. de 1905, art. 5.º, § 2.º) ¹.

γ) *Direito de policia*. Na indicação geral do direito de policia comprehende-se o conjuncto de facultades attribuídas aos estados marginaes em relação aos navios estrangeiros que entrem nas suas aguas territoriaes, para defesa do territorio, se-

¹ Sr. AZEVEDO E SILVA, *Commentario ao código commercial*, pag. 181, e *Appendice*, pagg. 3 e segg.

gurança das populações do litoral e protecção dos interesses commerciaes e fiscaes do país. Este direito reveste as fórmulas geraes de policia de segurança, policia sanitaria, policia alfandegaria e policia de navegação.

No exercicio da *policia de segurança*, pode cada estado, nos seus portos e nas aguas territoriaes, tomar medidas de salvaguarda contra os navios estrangeiros, como pedir explicações sobre o fim e o objecto da viagem dos navios que entram nas aguas territoriaes, prohibir ou limitar a entrada e a demora de navios de guerra nos seus portos, salvas sempre as conveniencias internacionaes, oppor-se aos combates e aos exercicios de tiro a uma distancia tal, que o litoral ou os navios que se approximam ou afastam possam ser attingidos, e prohibir qualquer manifestação de soberania no seu dominio maritimo por parte doutro estado. Todavia, a perseguição de piratas, começada no alto mar, pode continuar nas aguas territoriaes, já que se trata da punição dum crime internacional no interesse de todos os estados maritimos e portanto no interesse do estado marginal. Em todo o caso, para conciliar os direitos do estado marginal com os interesses geraes da comunidade internacional, deve cessar a perseguição por navios estranhos logo que se encontrem navios daquelle estado que a possam exercer. Os navios de guerra estrangeiros devem pedir auctorização para entrar e para se demorar nos portos de qualquer estado ¹.

A *policia sanitaria* tem por fim salvaguardar os interesses da hygiene publica e a segurança immediata das populações maritimas, evitando que os navios estrangeiros se transformem

¹ Regulamento geral da policia de 7 de abril de 1863, artt. 4 e segg.; Decreto de 17 de julho de 1871; Regulamento geral das capitancias, serviço e policia dos portos do reino e ilhas adjacentes de 1 de dezembro de 1892.

num meio de transmissão de doenças exóticas. Os estados marginaes tẽem incontestavelmente o direito de tomar providencias hygienicas, decretando regulamentos sanitarios e sujeitando, quando necessario, a medidas rigorosas os navios que entram nas suas aguas e nos seus portos ¹. A policia sanitaria deve, porém, ser regulada e exercida de modo, que se conciliem os interesses da saude publica com os interesses do commercio. São dignas de registo a este respeito as palavras do primeiro delegado austriaco na conferencia sanitaria internacional de Dresde de 1893, as quaes frisam bem a ideia que deve orientar a policia sanitaria: «Estabelecer um regimen, dizia elle, que restrinja as medidas de protecção a tomar em tempo de epidemia ao que é estrictamente exigido pelos grandes interesses sanitarios em jogo; realizar, se isso for possivel, um accordo geral sobre os limites em que esta protecção deverá ser exercida para attingir o seu fim, sem perturbar inutilmente a vida economica da nação». Deve notar-se que, nas conferencias de Dresde e de Paris (1894), foi reconhecida a inefficacia das quarentenas, medida aliás muito usada pelos estados modernos e adoptada ainda entre nós pelo regulamento geral dos serviços sanitarios de 24 de dezembro de 1901.

Pela *policia aduaneira*, assegura o estado os seus interesses fiscaes e commerciaes ligados com o seu regimen alfandegario. O direito de cada estado velar pelo cumprimento das suas leis alfandegarias é por todos reconhecido e até, na maior parte dos países, a zona de vigilancia e de fiscalização aduaneira vae além do limite ordinario do mar litoral. Entre nós é esse limite fixado a 6 milhas de distancia da costa (Dec. n.º 3 de

¹ Regulamento de sanidade maritima de 21 de janeiro de 1897; e Regulamento geral dos serviços de saude e beneficencia publica de 24 de dezembro de 1901, artt. 224 e segg.

27 de setembro de 1894, art. 101.º, n.º 2.º). Em principio, a fiscalização aduaneira pode ser exercida em relação tanto aos navios de commercio como aos navios de guerra. Estes, porém, são geralmente isentos de tal fiscalização por um acto de cortesia internacional.

Pela *policia de navegação*, toma o estado todas as providencias necessarias para assegurar a navegação nas aguas territoriaes, como as relativas aos signaes maritimos, aos faroes, ao ceremonial de entrada nos portos, á pilotagem, em summa, aos meios de regular a entrada, estacionamento e saída dos navios pelo modo mais conforme aos interesses do estado e ás conveniencias da navegação ¹.

ð) *Direito de jurisdicção*. A pratica internacional sujeita o mar litoral ao dominio soberano do estado marginal e, porisso, deve este ahi exercer naturalmente o direito de jurisdicção, tanto civil como criminal, como meio de afirmar e tornar effectivos os seus direitos. A jurisdicção territorial, em relação aos navios estrangeiros, está, porém, sujeita a maiores ou menores restricções, das quaes daremos noticia quando estudarmos a condição juridica dos navios nas relações internacionaes.

105. d) *Dominio lacustre*. A situação juridica dum estado, em relação ao *territorio lacustre*, varia segundo as condições differentes em que os lagos podem encontrar-se. O lago interior, que é o lago cercado de terra por todos os lados, encravado no territorio dum só estado, pertence-lhe em plena

¹ Regul. geral de pilotagem das barras e portos do continente e ilhas adjacentes de 6 de maio de 1878; cit. Reg. geral das capitánias, serviço e policia dos portos do reino e ilhas adjacentes de 1 de dezembro de 1892, e Ordenança geral da armada de 5 de março de 1896, art. 52.º e segg.

soberania, qualquer que seja a sua extensão. Se, comtudo, o lago interior é cercado pelo territorio de varios estados, pertence a todos estes na contiguidade e na proporção das respectivas margens. Como no mar interior, poderá haver uma zona central livre, se a extensão do lago não for toda alcançada pelas zonas litoraes dos diversos estados marginaes. O lago fechado, ou o que communica com o mar por meio dum canal, conservando-se sempre as margens do lago e do canal dentro do territorio do mesmo estado, é jurisdiccional em toda a sua extensão e está submettido á soberania do estado que domina as suas margens. Finalmente, o lago em communicação com o mar e cercado pelo territorio de varios estados pertence jurisdiccionalmente a estes em zonas litoraes proporcionaes ás respectivas margens e deve, sob a policia e jurisdicção dos estados marginaes, ser considerado livre e estar aberto á navegação pacifica de todas as nações¹.

106. e) Dominio aério². Assim como a conquista do mar pela navegação levou ao reconhecimento do dominio maritimo como zona de defesa dos direitos e dos interesses dos estados marginaes e determinou a formação do direito maritimo como disciplina das relações sociaes que encontram no mar o seu campo de acção, assim tambem a conquista da atmosfera

¹ CALVO, vol. I, pag. 362.

² FAUCHILLE, *Le domain aérien et le régime juridique des aérostats*, na *R. D. I.*, 1901, pagg. 414 e segg. e *Régime juridique des aérostats*, no *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XIX, pagg. 19 e 335; NYS, *Droit et aérostats*, na *R. D. I.*, 1902, pagg. 501; *Régime juridique des aérostats*, no *Annuario cit.*, pag. 86, e *Le droit international*, tom. I, pagg. 521 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 140; *R. D. I. P.*, 1903, pag. 820; BANET RIVET, *La navigation aérienne e son avenir*, na *Revue des deux mondes*, de 15 de março de 1901.

pela *navegação aérea*, cujo successo será por certo enorme com a descoberta da direcção dos balões, tem feito pensar num *dominio aério*, como indispensavel complemento do dominio terrestre para a defesa dos interesses do estado, e na criação dum *direito aério* que defina a condição juridica dos aerostatos e regule as relações que o novo systema de communicações pode originar, começando a afirmar-se a tendencia para calcar sobre as instituições do direito maritimo os principios do novo ramo das sciencias juridicas tanto no que respeita aos direitos do estado no seu dominio aério como á regulamentação da condição juridica dos aerostatos.

Apparece relativamente ao dominio aério uma questão semelhante á da natureza do direito do estado sobre o mar litoral, discutindo-se se é de propriedade, de soberania, ou uma simples fórma do direito de conservação do estado o direito que a este deve pertencer sobre a columna de ar que domina o seu territorio. Seja, porém, qual for a theoria que predomine, parece, de já, orientar os escriptores o principio de que, como sobre o mar litoral, assim sobre o espaço aério superjacente deve ser reconhecido aos estados um conjunto de direitos sufficientes para coordenar os seus interesses com as necessidades da navegação aérea e de que a medida de taes direitos deve ser determinada em harmonia com as exigencias da conservação do estado e do cumprimento das suas leis por maneira, que nem o dominio aério represente um exclusivismo escusado quando os outros estados possam, sem prejuizo do estado subjacente, aproveitar o uso dos ares, nem uma excessiva liberdade dos ares venha perturbar o normal desenvolvimento da vida das nações.

Acceito este principio fundamental, impõe-se a resolução do problema dos limites do dominio aério e o problema da determinação dos direitos constitutivos desse dominio. Estes dois problemas andam, porém, tão intimamente ligados, que

se nos anteolha util estudá-los conjunctamente, para, em face de cada um dos direitos do estado subjacente, determinarmos o limite até onde elles devem ser exercidos.

Com FAUCHILLE, conjugando o duplo principio da liberdade dos ares e do reconhecimento ao estado subjacente dos direitos necessarios á sua conservação, reduziremos aos seguintes estes direitos: *a)* direito de defesa; *b)* direito de repressão da espionagem; *c)* direito de policia aduaneira; *d)* direito de policia sanitaria; *e)* um direito limitado de jurisdicção.

a) Direito de defesa. O direito de defesa destina-se a proteger o estado neutro contra os actos de hostilidade praticados por *balões de guerra* dos belligerantes dentro do espaço aéreo que domina o seu territorio. Semelhante direito, evidentemente uma condição de segurança do estado, só será efficazmente assegurado e pratico com a repressão daquelles actos até ao limite em que elles se tornem inoffensivos e portanto em qualquer ponto da columna aérea que domina o territorio do estado neutro, pois, de qualquer altura da atmospherá, poderão os projecteis da artilharia aérea causar graves prejuizos ao estado subjacente. A *zona aérea de neutralidade* deverá, assim, ter por limite o limite mesmo da atmospherá navegavel, assim como deverá abranger o espaço aéreo que cobre as aguas jurisdiccionaes respectivas, para evitar a practica de hostilidades sobre um territorio neutro e para não estorvar o exercicio dos direitos e o cumprimento dos deveres dos estados neutros dentro das aguas litoraes.

b) Direito de repressão da espionagem. A navegação aérea poderá occasionar a observação detalhada das fortificações e obras de defesa dos estados e das habitações e propriedades particulares, e tornar-se assim um perigo para a segurança publica ou individual. O meio de evitar o perigo será naturalmente impedir a approximação dos balões abaixo do limite a partir do qual se torne possivel exercer a espionagem. Como

fixar, porém, esse limite? FAUCHILLE, aproveitando os resultados da applicação da photographia á aerostação, os quaes mostram que, com tempo claro, as imagens photographicas reproduzem utilmente os menores detalhes dum forte á altura de 1:000 metros e, com o emprego deapparelhos aperfeiçoados, á altura de 1:500 metros, fixa esta ultima altura como limite da zona de protecção contra a espionagem. O mesmo auctor prevê os possiveis progressos da photographia e, para evitar o inconveniente do alargamento daquella zona, indica a celebração dum tratado geral entre os estados em que estes se obriguem a prohibir o uso, nos balões, de machinas photographicas de maior alcance e a fiscalizar convenientemente o cumprimento do preceito prohibitivo.

A zona de 1:500 metros é egualmente estabelecida por FAUCHILLE para preservar as habitações e as propriedades particulares das investigações indiscretas dos aeronautas, e para as garantir contra as materias inflammaveis que, com um fim criminoso, os balões poderiam lançar do alto ar, bem como para a fiscalização alfandegaria. A zona de 1:500 metros é, por assim dizer, para aquelle auctor, a zona de *droit commun* e determinada pela necessidade de repressão da espionagem. E esta zona deverá ser uma *zona de isolamento* fechada normalmente á navegação aérea, podendo circular dentro della apenas os aerostatos publicos, civis ou militares, dos quaes, como delegados do estado e destinados á sua defesa, nenhum prejuizo deve esperar-se, e sendo permittida a sua travessia simplesmente aos balões que empreendem uma viagem, aos que tenham a intenção de vir a terra, e a todos os balões publicos ou privados em caso de arribação forçada mediante o competente aviso por um signal de perigo.

Parece-nos, em verdade, muito accetavel o estabelecimento duma zona de isolamento para acautelar devidamente os interesses do estado bem como os dos particulares, embora pen-

semos que talvez seja escusado alargá-la tanto em toda a sua extensão, bastando, porventura, como nota Nys, que se adoptem medidas rigorosas especiaes relativamente a certas praças fortes, com o fim de prohibir a approximação para aquem duma distancia determinada.

c) *Direito de policia aduaneira.* Corresponde ao direito de policia alfandegaria no mar litoral, tendendo como este á defesa dos interesses industriaes e commerciaes do estado. A zona do seu exercicio deve ter a amplitude sufficiente para defender os direitos do estado relativamente ao contrabando e aos descaminhos, amplitude que se delimitará segundo as necessidades e efficacia pratica da fiscalização. Será, pois, uma zona de 1:500 metros, como quer FAUCHILLE, de mais ou de menos, consoante a lição da experiencia.

d) *Direito de policia sanitaria.* A navegação aéria poderá ser evidentemente meio de transmissão das epidemias e porisso será legitima a sua sujeição á policia sanitaria. O campo de acção da policia sanitaria aéria deverá ser, porém, restricto, pois, não havendo receio de perigo fóra do caso de desembarque, basta que os balões esperem a visita sanitaria a uma altura em què o desembarque não seja possivel.

e) *Direito de jurisdicção.* Complemento dos direitos do estado no seu dominio aério, será por certo o poder de sujeitar ás suas leis e aos seus tribunaes aquelles actos da navegação aéria que mais de perto affectem os seus interesses. Adeante, porém, ao estudar a condição juridica dos aerostatos, procuraremos fixar a amplitude do direito de jurisdicção, que não poderá ir além do limite da zona de isolamento.

107. É de capital interesse para cada estado a determinação precisa das suas fronteiras, visto serem estas os limites da acção normal da sua soberania e das suas leis. As fronteiras indicam o logar onde acaba o poder dum estado e onde co-

Alameda d'Our - Delimitação de fronteiras terrestres, Lisboa, 1904

meça a auctoridade dum estado vizinho é, porisso, a sua falta de precisão pode ser motivo de serios conflictos entre os estados, como bem o provam a guerra dos sete annos, que foi occasionada por uma questão de fronteiras entre a Inglaterra e a França nas florestas do Canadá, e o conflicto de Portugal com a Inglaterra em 1890, que teve por causa uma difficuldade relativa aos limites das suas possessões em Africa.

Em direito internacional, a fronteira é a linha ideal que circumscreve o territorio dum estado e o separa dos estados limitrophes. As fronteiras são geralmente classificadas em fronteiras *naturaes* e fronteiras *convencionaes*, segundo a linha de delimitação se determina aproveitando certas condições geographicas de separação natural dos estados, como mares, rios e montanhas, ou se fixa quer por meio de signaes divisorios postos por accordo commum dos estados interessados, como postes, marcos, boias, etc., quer por simples referencias ideaes a certos pontos ou graus de latitude e de longitude. Esta classificação é hoje de somenos importancia, pois as convenções vñem muitas vezes regular as chamadas fronteiras naturaes, podendo dizer-se que todas as fronteiras tendem a tornar-se convencionaes, pelo constante cuidado dos estados em determinar por meio de tratados o seu respectivo dominio territorial ¹. Porque, todavia, a posse immemorial e os mesmos tratados podem referir-se ás fronteiras naturaes, apresentamos a classificação e determinaremos as regras a seguir na fixação dessas fronteiras.

As fronteiras naturaes, que importa considerar especialmente, são os mares, os rios, os lagos e as montanhas.

As fronteiras *maritimas* coincidem com a linha de delimitação do mar territorial.

¹ Vid. Tratados de limites entre Portugal e a Hespanha de 29 de setembro de 1864 (*Nova coll. de trat.*, tom. II, pag. 73).

As fronteiras *fluvias* variam, segundo se trata de rios não navegáveis ou não fluctuáveis ou de rios navegáveis ou fluctuáveis. No primeiro caso, a linha divisória é o meio do leito do rio; no segundo, a fronteira coincide com o thalweg. Se o thalweg se desloca, a linha divisória acompanha-o; mas, se o rio se desvia bruscamente para um novo leito, conserva-se como fronteira a linha correspondente ao thalweg no leito abandonado. Deve observar-se que o rio que separa dois estados pode pertencer integralmente a um delles, se por titulo legitimo o tiver adquirido, e então a fronteira desloca-se para o extremo da margem-opposta. Este dominio exclusivo não se presume e, porisso, em caso de duvida, deve ser provado pelo estado interessado.

As fronteiras *lacustres* identificam-se, salva convenção em contrario, com a linha de delimitação da zona marginal, e as fronteiras *orographicas* seguem a linha de divisão das aguas, que, em regra, coincide com o cume das montanhas.

Nos tratados de delimitação de fronteiras fixam-se, na maior parte das vezes, apenas os pontos principaes da linha de separação dos estados e confiam-se os trabalhos complementares e de detalhe a uma commissão technica formada de commissarios das nações interessadas, a qual, depois de cumprir o seu mandato, organiza o processo de delimitação e o submete á approvação dos governos.

É conselho de boa politica que, na delimitação de fronteiras, se attenda ás condições economicas e sociaes das regiões que se dividem, não devendo separar-se dum estado uma parte duma circumscripção cujo conjuncto fórma um todo economico, pois uma separação dessa ordem virá prejudicar a prosperidade de toda a região e pode transformar-se num motivo de conflictos internacionaes, pela tendencia para se unirem das populações separadas violentamente por uma inconveniente delimitação de fronteiras. Deve a delimitação attender ao que

alguns escriptores chamam *fronteiras sociaes*, para com ellas fazer coincidir as fronteiras de soberania.

A delimitação de fronteiras não significa o isolamento dos estados vizinhos ou das regiões limitrophes e, porisso, ao fixar a fronteira politica e geographica, acautelam-se por maneira os direitos dos corpos administrativos, dos estabelecimentos publicos e dos individuos em relação ao uso dos bens publicos, — como estradas, rios, caminhos de ferro, florestas, pontes, etc., — atravessadas pela linha de delimitação, que se salvem os direitos legitimamente adquiridos e não se dificultem escusadamente as relações naturaes entre povos vizinhos. Acontece, por vezes, haver uma *fronteira administrativa* differente da fronteira politica, para o effeito de certos serviços, como correios, caminhos de ferro, saúde publica, etc., mas principalmente serviços alfandegarios, succedendo que certas regiões ou zonas, situadas na proximidade duma cidade estrangeira que forma o mercado central dos seus productos e por sua vez as fornece das cousas necessarias ao consumo das suas populações, são total ou parcialmente postas fóra do limite aduaneiro e constituem as chamadas *zonas francas*. É em certo modo o systema de evitar as consequencias prejudiciaes resultantes de não se fazerem coincidir as fronteiras politicas com as fronteiras sociaes.

§ II

Adquirição da soberania territorial ¹

DIVISÃO I

A aquisição de territorio em regiões submettidas a estados
membros da sociedade internacional

SUMMARIO : — 108. Direito de adquirir a soberania territorial. Classificação dos modos de aquisição. — 109. I. *Accessão*. Casos em que interessa ao direito internacional. — 110. II. *Cessão directa*. Cessão pacífica e cessão violenta. — 111. A conquista e o seu valor segundo o direito internacional. — 112. Condições de legitimidade da cessão. O plebiscito. A opção de nacionalidade. — 113. III. *Cessão indirecta*. Suas formas e significação. — 113. IV. *Prescripção*. Sua applicação á aquisição da soberania territorial.

108. Todo o estado soberano tem, como pessoa internacional, o direito de augmentar o seu territorio e de alargar o dominio da sua soberania. É a manifestação legitima do seu direito de conservação, direito fundamental, que suppõe e justifica o direito de desinvolvimento.

Os estados meio-soberanos precisam, porém, do consentimento do estado protector ou suserano para ampliar o seu dominio territorial. Relativamente aos estados de neutralidade

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 459 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 301 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 441 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 364 e segg.; PRADIER, *ob. cit.* pagg. 337 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 172 e segg.; L. GÉRARD, *Des cessions déguisées de territoires en droit international public*, Paris, 1904; NYS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 1 e segg.; etc.

permanente, não são accordes os escriptores sobre se esses estados podem exercer, sem o assentimento das potencias garantas, o seu direito de aquisição. Dadas, porém, as condições especiaes do estado neutralizado e as suas relações com os outros estados, parece logica a exigencia daquelle assentimento, para que a neutralidade subsista depois da aquisição. A situação do estado neutralizado muda evidentemente e a convenção de neutralidade poderá deixar de continuar a obrigar os estados que a assignaram. Todavia, porque o direito de aquisição se liga com o direito de conservação e desinvolvimento do estado, intende-se que é sufficiente o assentimento tacito das potencias, não só para a regularidade da aquisição, mas ainda para o alargamento da neutralidade ás novas possessões.

As condições de exercicio do direito de aquisição são cumulativamente reguladas pelas leis nacionaes e pelo direito internacional. As primeiras determinam as auctoridades competentes para proceder aos actos de aquisição e a medida do concurso dos poderes publicos para a regularidade desses actos, e o segundo fixa os modos por que a aquisição se realiza com legitimidade no. que respeita ás relações dos estados no seio da comunidade internacional.

Os modos de adquirir a soberania territorial são classificados pelos internacionalistas em *a) originarios* e *derivados*, segundo os estados augmentam o seu territorio sem ou com ~~denominação~~ *denominação* do territorio doutro estado, em *b) directos* e *indirectos* ou *disfarçados*, segundo a aquisição resulta immediatamente dum acto praticado pelo estado adquirente ou apparece desfigurada num acto aparentemente diverso dos meios de aquisição, e em *c) modos* usados na aquisição de regiões submettidas aos estados membros da sociedade internacional ou seguidos na aquisição de regiões pertencentes a outros estados.

A primeira classificação, adoptada aliás por muitos escriptores, representa uma adaptação das doutrinas do direito pri-

vado, sem grandes applicações no direito internacional. A segunda, applicada por GÉRARD, e a terceira, formulada por NYS, baseiam-se directamente nos factos de ordem internacional e porisso a ellas subordinaremos as ideias que vamos expôr sobre a aquisição da soberania territorial, moldando fundamentalmente pela classificação de Nys o nosso estudo.

109. I. *Accessão*. Os meios usados na aquisição de regiões submettidas a estados membros da communidade internacional são os tres seguintes: *accessão*, *cessão* e *prescripção*.

A *accessão*, que, em direito privado, é a ampliação dum direito de propriedade preexistente pela extensão material duma coisa em que outra vem incorporar-se, tem pouca importancia no que respeita á aquisição da soberania territorial. Offerece, porém, algum interesse nos casos de alluvião, formação de ilhas e abandono do leito dos rios, podendo augmentar por algum destes meios a esphera d'acção da soberania, e porisso procuraremos determinar a situação juridica dos estados em cada uma das tres hypotheses de *accessão*. A alluvião, ou o augmento insensivel de terreno que se fórma na margem dum rio ou na margem do mar, pertence naturalmente ao estado marginal. As ilhas formadas integral ou parcialmente nas aguas territoriaes dum estado fazem parte do dominio do mesmo estado, ou no todo ou até onde passa a linha da sua fronteira. O leito abandonado por um rio que separava dois estados pertence respectivamente a cada um dos estados até á linha media ou até á linha correspondente ao thalweg, segundo o que acima dissemos.

110. II. *Cessão directa*. Incluiremos na expressão generica *cessão directa* de territorio qualquer acto ou tratado pelos quaes um estado adquira dominios territoriaes mediante uma transmissão voluntaria e definitiva por parte doutro estado.

A ideia fundamental que domina toda a theoria moderna da cessão do territorio nacional consiste em que esse territorio é, em principio, indivisivel e inalienavel como base da unidade e da conservação do estado, ideia formada em reacção contra as doutrinas medievas que deixavam á livre disposição dos soberanos o territorio do estado, de que elles podiam dispôr como duma propriedade particular. O territorio pertence á nação e, porisso, á nação compete, e apenas por virtude dum grande interesse publico e duma grande razão de estado, ceder uma parte do mesmo territorio, e sempre em proporções tão pequenas que não affectem a existencia do estado.

A consequencia é que toda a cessão de territorios deve ser consentida expressamente ou pela nação mesma numa grande manifestação plebiscitaria ou pelo poder legislativo como orgão que mais directamente representa a soberania nacional, e que, porisso, a unica fórma hoje legitima da transmissão de territorios entre estados é uma convenção regularmente celebrada pelos poderes publicos para isso competentes segundo a constituição de cada país, e devidamente approvada ou por manifestação da vontade nacional ou pelo poder legislativo como organizando e traduzindo a vontade dos povos.

As convenções ou tratados relativos á cessão de territorios podem agrupar-se em duas categorias, segundo se realizam entre dois estados ligados por laços de amizade e são um producto do seu livre consentimento, ou apparecem como uma consequencia da guerra, tendo por fim quasi sempre a ratificação de factos consummados. As cessões realizadas pelas convenções da primeira categoria costumam chamar-se cessões *pacificas*, as quaes podem ter causas diversas, como a necessidade de terminar uma contestação de fronteiras e a utilidade de trocar possessões longinquoas e dispendiosas por territorios mais proximos do seu centro de actividade. As effectuadas pe-

las convenções do segundo grupo denominam-se *violentas* e são sempre o resultado duma imposição do vencedor, revestida duma fôrma forçadamente convencional.

As cessões violentas são consequencia da *conquista* e por isso constituem puros factos da vida internacional, que se explicam pela ainda insufficiente organização da sociedade dos estados e que só para evitar um mal maior podem ser *consentidas* por uma nação, como se a resistencia em ceder determina a continuação duma lucta desastrosa ou põe em perigo a conservação e independencia do estado. É, em verdade, a conquista um facto por si mesmo tão contrario á moral e á justiça, que, na impossibilidade de o transformar num meio independente e legitimo de adquirir a soberania, se lhe dá a fôrma juridica apparente dum tratado, pelo qual o vencido cede ao vencedor parte do seu dominio territorial.

Tem sido, porém, a conquista um facto tão frequente na historia, a ponto de parecer um elemento da vida politica dos estados, que muitos publicistas se tãem esforçado por formular theorias juridicas que a justifiquem e a legitimem como processo de adquirir a soberania territorial. Examinemos essas theorias.

III. Uma primeira theoria, *theoria do direito de conquista*, procurou levantar á altura dum principio de justiça um simples facto de vida internacional. Porque a conquista apparecia na vida politica dos povos como um meio de os estados se conservarem e desinvolverem e muites vezes com a fôrma de missão civilizadora, intenderam alguns escriptores que ella podia entrar no numero das condições de existencia do estado, admittiram o direito de conquista, e assim pretenderam justificar a extorsão violenta do territorio dum estado. Semelhante theoria, ou na sua feição mystica, emquanto apresentava os conquistadores como representantes dum principio superior e

enviados pelo destino duma ideia ou duma divindade, ou na sua fôrma darwinistica do predomínio natural dos mais fortes na concorrência internacional, porque levava a admitir a guerra como um facto normal da vida dos povos e tornava, porisso, impossivel toda a organização regular da communiidade dos estados, foi depressa abandonada, procurando os escriptores, que admittiam a legitimidade da conquista, dar-lhe um fundamento que não repugnasse á conservação e desinvolvimento da sociedade internacional.

Uns recorreram á *theoria das nacionalidades* e declararam legitima a conquista que tivesse por fim reunir numa só unidade politica povos destinados pelas affinidades naturaes e historicas a constituir uma communiidade de vida e de consciencia social. Áparte a ausencia dum criterio certo para determinar com precisão a verdadeira base da nacionalidade, o que daria larga margem ao arbitrio dos estados conquistadores, e áparte a falta de relação entre a cohesão e a homogeneidade originaria dos elementos sociaes dum estado, o que poderia tornar prejudicial até para as populações desaggregadas o fraccionamento do territorio dum estado a titulo duma divergencia de nacionalidade, a nova *theoria* depara com duas grandes difficuldades para poder legitimar a conquista. Em primeiro logar, levaria a violar pela força o direito de soberania dos estados, ou constituido por uma prescripção regularmente realizada e legitima perante as necessidades da tranquillidade geral, ou adquirido por qualquer outro processo que o direito internacional considere legitimo. Depois, ainda mesmo que a *theoria* das nacionalidades fosse em geral justificada, não era a conquista, um processo violento, o meio de lhe dar effectividade pratica. Seria necessario esperar que as populações interessadas a realizassem por si mesmas, devendo até então respeitar-se os direitos adquiridos do respectivo estado. Doutro modo, transformar-se-ia, diz DESPAGNET, esta doutrina numa arma de

guerra para perturbar o mundo e num pretexto para disfarçar todas as ambições de conquista.

Outros formularam a *theoria do direito de defesa* e procuraram légitimar a conquista pela necessidade de reacção dum estado contra as tendencias absorventes ou perturbadoras dos outros estados. Como instrumento de defesa do estado, seria a conquista legitima, em dois casos: 1.º) como *medida preventiva* contra um povo vizinho ambicioso que desinvolve o seu poder por uma fórma inquietadora para a conservação da sua independencia e da paz geral, cabendo então ao estado ameaçado o direito de *se antecipar* e de tentar, enquanto ainda é mais forte, pôr o estado ameaçador em condições de nunca o prejudicar; 2.º) como *medida repressiva e preventiva*, quando ha necessidade de reparar aggressões injustas e de as prevenir por meio duma notavel deminuição das forças de ataque do adversario. Em qualquer dos casos, a conquista deixa de ser a consagração da violencia, para se tornar um meio salutar de reprimir a ambição dos conquistadores.

No primeiro caso, a theoria da defesa é a theoria do equilibrio político aproveitada para légitimar a conquista. Não parece, porém, que ainda com esta theoria possa vingar essa legitimidade. Antes de mais, ha uma fórma de desinvolvimento do poder dos povos, o operado por meios naturaes e legitimos, como o devido á expansão das forças economicas, ao augmento continuo da população e á habil exploração das riquezas do solo, que estado algum está auctorizado a estorvar ou a aproveitar em beneficio proprio. Seria o parasitismo internacional apoiado na violencia. Depois, a tendencia para o desinvolvimento por meios illegitimos justifica, por certo, uma resistencia collectiva com o fim de a neutralizar ou de a inutilizar, mas não auctoriza a fazer conquistas em beneficio proprio, o que legitimaria uma reacção em sentido contrario e uma serie perpetua de reclamações fundadas todas sobre o

rompimento do equilibrio, não se chegando nunca a restabelecer o mesmo equilibrio senão á custa do prejuizo dalgum estado, cujos direitos teriam de ser sacrificados.

No seu segundo aspecto, a theoria, além de transformar o estado, que foi victima duma guerra injusta, em juiz duma causa em que elle mesmo é interessado, o que em certo modo representa o producto da actual organização da sociedade internacional, tem o vicio fundamental de a conquista ser excessiva como meio de reparação e excessiva ou insufficiente como meio de prevenção. Excessiva como reparação, pois que, sem ferir o país vencido na sua integridade territorial, pode o vencedor obter a conveniente indemnização de guerra por um meio menos violento e egualmente efficaz, como uma indemnização pecuniaria a que se obrigue o vencido. Só excepcionalmente e com os povos barbaros é que não será possivel obter por esse meio uma reparação e só então se comprehenderia e justificaria uma annexação territorial. Como medida de repressão e prevenção, ó ainda a conquista excessiva ou insufficiente: excessiva, pois, sem recorrer á diminuição territorial, tem o estado vencedor meios de conseguir aquelle enfraquecimento, como as servidões militares, pelas quaes pode prohibir ao inimigo a conservação de fortificações militares, a concentração de tropas numa zona determinada, a elevação, além dum certo limite, do effectivo do seu exercito, ou a imposição ao vencido da neutralidade de certos territorios que o separem os dois estados, etc.; insufficiente, porisso que, apesar da diminuição do territorio, pode multiplicar-se a força militar do estado vencido e a cessão forçada tornar-se naturalmente um motivo de provocações e de vinganças e, porisso, um meio de exarcerbar o conflicto, em vez de lhe trazer o desejado fim.

Injustificavel, pois, perante principio algum, a conquista tem de considerar-se apenas como um facto da vida internacional,

que as circumstancias podem impôr, que o direito não pode legitimar e que o progresso moral das nações deverá, cedo ou tarde, eliminar.

112. Pacificas ou violentas, as cessões de territorios devem obedecer a certas condições para se verificar a sua efficacia juridica.

Ha duas condições que, sem discrepancia, os auctores exigem para a legitimidade da cessão de territorio:

a) Mutuo consentimento do estado cedente e do estado cessionario, por meio dos poderes para isso competentes segundo a constituição de cada país.

b) Um tratado contendo o consentimento dos dois estados e concluído na forma prescripta pelas leis interiores das potencias contractantes.

Livre ou forçado, o consentimento do estado num tratado é sempre necessario para a cessão poder ter forma juridica e o aspecto de legitimidade ¹.

Muitos escriptores exigem, como terceira condição, que a cessão seja acompanhada de tradição e de tomada de posse efectiva do territorio cedido. Justamente, porém, observa DESPAGNET que semelhante condição, necessaria sob o ponto de vista pratico para o exercicio da soberania por parte do estado cessionario, é dispensada para a validade juridica da cessão, a qual se reputa perfeita logo que sejam preenchidas as duas primeiras condições.

¹ Segundo a nossa Carta constitucional, art. 75.º, §§ 8.º e 9.º, o acto adicional de 1852, art. 10.º, e as leis de 11 de fevereiro de 1863, art. 1.º, e de 2 de maio de 1882, art. 1.º, todos os tratados, e, portanto, os de cessão de territorio, aos quaes faz expressa referencia o art. 75.º, § 8.º, da Carta, devem ser, antes de ratificados, submettidos á discussão e á approvação das côrtes.

Ainda alguns publicistas tẽem considerado como uma nova condição necessaria á validade e á legitimidade duma cessão de territorio o consentimento, o *plebiscito*, das populações do territorio cedido. Importa, porisso, ver que valor pode attribuir-se ao systema dos plebiscitos e determinar se a lição dos factos e as exigencias scientificas aconselham a sua transformação numa condição de legitimidade da cessão de territorio.

Uma revelação da ideia dos plebiscitos de anexação encontra-se já na incorporação á França dos tres bispados do Toul, Metz e Verdun em 1552. Foi, porém, a revolução franceza que formulou a theoria do plebiscito e foi durante ella que este se aproveitou como systema organizado para justificar as conquistas e conciliá-las com o respeito da vontade das populações. A 30 de abril de 1791, num relatorio apresentado á Assembleia nacional a respeito da união á França de Avignon e do condado de Venaissin, proclamava Menou a theoria da livre separação, e, affirmando que — «era evidente que um povo livre e independente, tendo o direito de fazer tudo o que lhe parecesse mais vantajoso, podia continuar a formar uma sociedade particular, adoptando a fórma de governo que lhe aprouvesse, ou unir-se a uma outra sociedade, cujo governo lhe conviesse, jurando o seu facto federativo». Fez-se logo applicação da theoria na anexação de Avignon e do condado, allegando-se para a justificar o voto da maioria dos seus habitantes, e desde então, no periodo revolucionario, por muitas vezes a união á França de diversos países foi acompanhada da manifestação do voto das respectivas populações. Tinha, porém, esse voto tal significação e valor, que, quando apparecia alguma opposição, eram enviados commissarios e tomavam-se medidas, que, na ironica phrase de G. F. DE MARTENS, acceleravam prodigiosamente o que se chamava a *emissão livre* do voto do povo. Em todos estes casos, nota

RIVIER, vê-se claramente a mentira, pois tudo isso era apenas uma comedia. Depressa, porém, deixou de representar-se a comedia e só com Napoleão III e com os plebiscitos italianos de 1860 torna a recorrer-se ao voto das populações para legitimar a anexação de territórios.

O plebiscito foi de novo applicado, em harmonia com o tratado de Turim de 24 de março de 1860¹, na anexação de Nice e da Saboia á França, foi empregado pela Sardenha nas anexações para a formação do reino da Italia, como na anexação da Venecia em 1866 e de Roma em 1870, foi attendido na união das ilhas Jonicas á Grecia em 1863, como se vê do art. 1.º do tratado de Londres de 24 de março de 1864², em que se diz que a Inglaterra consentiria em desistir do seu protectorado sobre aquellas ilhas para realizar o voto da assembleia legislativa das mesmas ilhas no sentido da sua união á Grecia, foi adoptado para a cessão pela Austria á Prussia dos ducados de Holstein e Schleswig no tratado de Praga de 23 de agosto de 1866³, foi estipulado entre a Suecia e a França, no tratado de Paris de 10 de agosto de 1877⁴, para a união á França da ilha de S. Bartholomeu, e foi ainda previsto no tratado entre o Chili e o Perú de 20 de outubro de 1883⁵, em que se estabeleceu que o Chili occuparia, durante dez annos, a provincia de Tacna e que, passado esse periodo, o voto popular determinaria a quem a provincia ficaria pertencendo, devendo o estado favorecido por esse voto pagar ao outro dez milhões de *pesos*.

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, xvi, 2.º partie, pagg. 539.

² *Idem*, xviii, pag. 63.

³ *Idem*, pag. 349.

⁴ *Idem*, 2.º série, iv, pag. 366.

⁵ *Idem*, 2.º série, x, pag. 191.

Mas, dados estes factos, qual o seu valor real como revelação da sinceridade e da espontaneidade do sentimento das populações no seu voto plebiscitario? Teria sido o plebiscito mais livre no seu segundo periodo? Estudando as circumstancias em que tem sido previsto e realizado o plebiscito, verifica-se que o estado annexador não o propõe ou não o accêita senão quando tem seguro o seu resultado favoravel. Assim, na cessão do condado de Nice e de Saboia, cujas sympathias eram pela Italia, tomaram-se, antes do plebiscito, as medidas necessarias para que o seu voto não fosse contrario á França; na annexação das ilhas Jonicas, sabia-se já antes de 1863 que ellas desejavam ser reünidas á Grecia; na cessão á Prussia pela Austria da parte septemtrional do Schleswig, embora no art. 5.º do tratado de Praga acima citado fosse imposto á Prussia o plebiscito para validar aquella cessão, porque se duvidou do resultado, nunca aquelle artigo foi executado, até que, pelo tratado de 11 de outubro de 1878, foi expressamente revogado, renunciando a Austria á consulta das populações do Schleswig; e, quanto ao tratado entre o Chili e o Perú, devendo o plebiscito ter logar em 1894, ainda em 1897 se levantavam serias difficuldades entre os dois estados para o organizar ¹. Depois, tem sido, em geral, o estado annexador que tem provocado e dirigido os plebiscitos de annexação, o que lhes tira por certo todos os caracteres de independencia e de liberdade. Por fim, nunca o plebiscito prevaleceu nas relações das potencias anglo-saxonias ou germanicas, a mesma França deixou por mais duma vez de a elle recorrer no tempo de Napoleão III, o grande propugnador de semelhante instituição, e nem nelle se pensou nos tratados de Francfort de 1871. ²

¹ PRADIER, *R. D. I.*, 1897, pag. 659.

² MARTENS, *N. R. G.*, XIX, pag. 688.

e de Berlim de 1878¹, relativos á annexação de territorios á Allemanha, á Russia e a outras potencias.

É, pois, certo que o plebiscito é pouco favorecido pelos factos, tanto na sua significação como nas suas tendencias. Encontrará, porém, o plebiscito um apoio scientifico nos principios do direito publico e do direito internacional, de modo que possa prever-se o seu futuro reconhecimento pelos estados civilizados?

Os defensores da theoria do plebiscito baseiam-na no principio da soberania popular e no principio das nacionalidades. Se a nação, dizem, escolhe livremente o seu governo e, pelos seus representantes, toma parte na legislação e na direcção do país, é justo respeitar a sua liberdade em qualquer acto de cessão que tenda a submittê-la a um governo que ella não fundou, a pô-la na dependencia de leis para que não contribuiu, e a ligá-la a elementos de população cujas condições naturaes e historicas podem ser profundamente differentes das suas. Ora, para respeitar a liberdade das populações que habitam os territorios que se pretende ceder, só ha um meio e é provocar, num plebiscito, a manifestação do seu voto.

Semelhante theoria é, porém, condemnada pelos principios que hoje presidem á formação e á manifestação da vontade do estado. A vontade do estado, como manifestação da consciencia collectiva da nação, não pode estar vinculada ao modo de pensar especial dos povos duma região, quando se trata dos interesses superiores do país. Parte, porisso, o plebiscito da ideia falsa de que uma parte da nação não é obrigada pelos actos celebrados pelos poderes publicos na fôrma das leis organicas do estado. A noção mesma do estado suppõe a existencia duma vontade collectiva impondo-se a todos os indivi-

¹ *N. R. G.*, 2.º série, III, pag. 449.

duos, pelo que todos os tratados, sem excepção dos tratados de cessão, logo que sejam reconhecidos pelas auctoridades competentes, são igualmente obrigatorios para toda a nação. Mas, além de contraria á propria natureza do estado, a theoria seria duplamente perigosa. Em primeiro lugar, levaria a sacrificar muitas vezes a um capricho regional a salvação, a independencia ou os interesses superiores do estado, se tão grandes forem, como devem ser, as razões da cessão do territorio, e o plebiscito se manifestasse em sentido contrario. E depois, se os belligerantes souberem que o resultado da lucta está subordinado á manifestação do voto das populações, elles saberão preparar uma votação favoravel, dirigindo tambem as suas operações de guerra contra os habitantes pacificos e obrigando-os pela força a consentir na annexação. Além de tudo isto, o plebiscito suscitaria muitas difficuldades praticas. Que fórma deveria revestir? Como organizar o voto? Que fazer, se o voto fosse contrario á annexação?

Devemos, comtudo, observar, com RIVIER, que, se o plebiscito não tem nem pode ter valor sob o ponto de vista juridico, pode ter um grande alcance politico, pois que uma consulta dos habitantes duma região annexada, feita lealmente e com sinceridade, daria ao estado annexador uma força moral que muitas vezes lhe falta e seria uma fórma solemne de investidura desse estado na posse do país annexado.

Posto de parte o plebiscito como meio de respeitar a liberdade e os legitimos sentimentos das populações dos territorios annexados, offerece o direito internacional outro meio mais simples e de maior sinceridade para dar satisfação áquelles sentimentos. É a *opção da nacionalidade* entre o antigo e o novo estado. Esta opção, de que já se encontram exemplos nos seculos XVII e XVIII, foi transformada num uso pelos diferentes tratados de cessão e annexação de territorio dos tempos modernos. Assim, pelo art. 2.º do tratado de paz de

Francfort, aos habitantes da Alsacia-Lorena, annexada á Alemanha, foi concedida a faculdade de, até 1 de outubro de 1872, emigrarem para França e optarem pela nacionalidade franceza, e, no tratado de Constantinopla de 8 de fevereiro ¹ de 1879, foi concedida aos habitantes das provincias turcas annexadas á Russia, em harmonia com o tratado de Berlim de 1878, a faculdade de deixarem livremente aquellas provincias durante um periodo de tres annos, a partir da data da ratificação do tratado de 1879. Com a nova instituição respeita se a mudança de nacionalidade dos habitantes do territorio annexado como natural consequência da mudança de soberania e não se violentam aquelles cujos sentimentos, ideias ou interesses se oppoñham á acceitação da nova nacionalidade.

A opção de nacionalidade é submettida, no seu uso actual, a duas condições: — α) a manifestação da preferéncia da antiga nacionalidade; β) a emigração do territorio annexado.

α) A opção de nacionalidade requer evidentemente a manifestação da vontade daquelles que desejem aproveitá-la. Semelhante manifestação de vontade pode ser, porém, ou *tacita*, se o tratado de cessão estabelece que a simples mudança de domicilio para fóra do territorio annexado é indicador da preferéncia da antiga nacionalidade, ou *expressa*, se se exige uma declaração formal perante uma auctoridade considerada competente para a receber, em regra a auctoridade municipal. Geralmente é exigida uma declaração formal dentro de certo prazo, para o effeito de determinar facilmente a nacionalidade dos individuos do territorio annexado e evitar duvidas sobre as suas inténções e preferéncias.

β) A emigração do territorio annexado representa uma providencia de segurança para o estado cessionario, ao qual pode

¹ MASTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, III, pag. 468.

ser prejudicial a permanencia dum grande numero de subditos do estado desmembrado no territorio novamente adquirido.

Não deixa, porém, de ser uma exigencia rigorosa, e, porisso, se tem dispensado em casos de cessão de pouca importancia ou de character pacifico, em que não inspira receio a presença de nacionaes do estado cedente no territorio cedido, e se tem adoptado uma solução conciliadora dos interesses do estado cessionario e dos optantes pela antiga nacionalidade, estabelecendo-se o direito de exigir a emigração sómente daquelles cuja attitude estorve a acção do estado cessionario, como o fez o tratado entre a Suecia e a França relativamente á cessão da ilha de S. Bartholomeu.

Em tempos passados impunha-se aos optantes, alem da emigração forçada, a obrigação de vender os bens immobiliarios sitos no territorio cedido, obedecendo ainda a tal doutrina o tratado de Constantinopla de 1879. Semelhante obrigação, porém, já então foi considerada como anachronica, tendo antes o tratado de Francfort de 1871 permittido claramente a conservação daquelles bens.

O exercicio do direito de opção, sempre regulado pelos tratados de cessão no seu prazo e nas suas condições, produz, como consequencia natural da mudança da soberania territorial, a aquisição da qualidade de cidadão do estado cessionario para todos os que não preferirem nos termos prescriptos a antiga nacionalidade.

Quaes, porém, as pessoas a quem é imposta a mudança de nacionalidade, quando não usem do direito de opção? Têm os escriptores e os tratados seguido na resolução desta questão systemas diversos, todos baseados ou no *domicilio* ou na *origem* ou na combinação destes dois elementos. Assim: um primeiro systema impõe a mudança de nacionalidade, e, portanto, a necessidade de opção, aos *domiciliados* no territorio cedido,

ao tempo da cessão; um segundo torna subditos do estado cessionario os individuos *nascidos no territorio annexado*; um terceiro aproxima os dois anteriores e attribue a nova nacionalidade tanto aos *domiciliados* como aos *originarios* não domiciliados no territorio cedido; um quarto distingue entre o caso de o territorio cedido ser desmembrado dum estado unitario, em que defende o principio do *domicilio*, e o caso de aquelle territorio ser desmembrado dum estado dividido em diferentes partes cada uma das quaes tenha um governo local e autonomia administrativa, como na hypothese de federação ou de confederação, em que propõe o principio da *origem*; um quinto finalmente restringe a attribuição da nova nacionalidade, impondo a desnacionalização apenas aos *originarios* do territorio cedido ali *domiciliados*.

O systema do domicilio parece o que melhor concilia os interesses do estado cessionario com os interesses dos nacionaes do estado cedente. É, effectivamente, o domicilio o laço que prende os individuos a um determinado territorio, e, porisso, serão os domiciliados que, na sua maior parte, continuarão a constituir a população do territorio cedido, e portanto aquelles que deverão seguir, salva declaração em contrario, a sorte deste territorio na sua sujeição plena á soberania do estado cessionario, sendo certo, como nota DESPAGNET, que o que procura o estado annexador é adquirir um territorio onde estão fixadas pessoas que vão tomar a sua nacionalidade, e não um territorio povoado por estrangeiros, provavelmente hostis á sua auctoridade. Demais, para os domiciliados que não optam pela antiga nacionalidade, a attribuição da qualidade de cidadãos do novo estado habilitá-los-á a exercer direitos que aos estrangeiros sejam recusados e a harmonizar melhor o domicilio como principal logar do exercicio de direitos com a lei reguladora dos mesmos direitos, quando essa lei seja a da nacionalidade.

O segundo systema, sem respeitar os interesses do estado cessionario ligados com a população do territorio cedido, já que pode haver domiciliados não originarios, impõe escusadamente uma nova nacionalidade aos originarios não domiciliados, em prejuizo do estado cedente ou dos proprios individuos, quando elles preferam a antiga nacionalidade e tenham de proceder ás formalidades da opção; o terceiro tem as vantagens do do domicilio, mas apresenta os vicios do da origem; o quarto não passa duma variante do terceiro; o quinto é contrario evidentemente aos interesses do estado cessionario, pois restringe a mudança de nacionalidade em prejuizo da tranquillidade ou do exercicio da acção assimiladora daquelle estado. Sem exaggeros e tambem sem insufficiencias, o systema do domicilio coordena todos os interesses, merecendo, porisso, as preferencias como meio de salvar as mutuas conveniencias do estado cedente e do estado cessionario ¹.

113. III. *Cessão indirecta*. A par com casos de cessão directa do territorio com a transmissão immediata e integral de todos os direitos de soberania no territorio cedido, apparecem nas relações internacionaes casos de cessão indirecta, *cessões disfarçadas de territorios*, como lhe chama L. GÉRARD, em que o estado cedente, conservando nominalmente a soberania no territorio cedido, transmite a posse e administração desse territorio ao estado cessionario. Esta forma de cessão dá-se nas relações dos estados fortes com os estados fracos e, segundo a lição dos factos, não passa dum meio de desfigurar a transmissão real e definitiva de todos os direitos de soberania, revestindo o aspecto de instituições do direito privado para assu-

¹ DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 368 e segg.; WEISS, *Traité de droit international privé*, tom I, pagg. 520 e segg.

mir o valor da legitimidade jurídica. Entre os estados membros da sociedade internacional tem-se a cessão indirecta manifestado sob as fórmulas de a) cessão de occupação e de administração e b) cessão a título de arrendamento (*a bail*).

a) *Cessão de occupação e de administração.* Esta forma de cessão indirecta revelou-se nas relações das potencias europeias com a Turquia pela cessão á Inglaterra da ilha de Chypre e pela cessão á Austria da Bosnia e da Herzegovina.

1.º) *Chypre.* Pelo tratado de 4 de junho de 1878 ¹, pelo qual a Inglaterra e a Turquia concluíram uma alliança defensiva para a hypothese de este país ser atacado pela Russia, e em que o Sultão se comprometteu a introduzir nos seus estados as reformas necessarias em beneficio dos seus subditos christãos, permittiu a Porta que a ilha de Chypre fosse occupada e administrada pela Inglaterra, para pôr este país em condições de auxiliar o imperio Ottomano numa possivel guerra contra a Russia e como *penhor* da realização das reformas promettidas. Dos termos do tratado resulta que a ilha pertence em soberania á Turquia e em simples administração á Inglaterra, que a occupação inglesa é condicional e deve acabar com a introducção das reformas promettidas pelo Sultão, que a ilha continua a fazer parte integrante do imperio Ottomano, em face da qual o governo inglês é um simples gestor de negocios, mas a verdade é que, de facto, a soberania é possuida pela Inglaterra, a qual dispõe completamente da ilha, enviando para ahi os seus funcionarios, lançando impostos, decidindo das despesas, construindo fortificações, exercendo, em summa, de modo pleno e por tempo indeterminado todos os direitos

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, III, pag. 272.

magestaticos. Uma interessante consequencia da anomala situação de Chypre foi que as potencias, que tinham concluido com a Turquia *capitulações* para isentar os seus nacionaes da jurisdicção das justicas turcas, consentiram em suspender na ilha as capitulações emquanto a Inglaterra ali conservar o seu governo. A condição juridica de Chypre, bem estranha em face do direito publico e do direito internacional, indica evidentemente uma cessão indirecta da soberania sob a fórma curiosa dum *penhor* dado á Inglaterra como garantia de reformas favoraveis aos subditos christãos ¹.

2.^o) *Bosnia e Herzegovina*. Embora a Austria não tomasse parte na guerra turco-russa de 1877-78, tambem lhe foi attribuida, comtudo, uma parte do imperio Ottomano. O tratado de Berlim determinara que as provincias turcas da Bosnia e da Herzegovina seriam *occupadas e administradas* pela Austria e o tratado concluido entre a Austria e a Turquia de 21 de abril de 1879 ² veio fixar e regular por maneira as condições daquella occupação, que o Sultão ficou com a soberania puramente nominal, com o *nudum jus*, e á Austria foi attribuida, por tempo indeterminado e sob a condição formal de manter nas provincias occupadas a ordem e a tranquillidade, o exercicio effectivo de todos os direitos magestaticos. Em principio, a população da Bosnia e da Herzegovina está sujeita á Turquia, mas a Austria tem levado tão longe a pratica da sua soberania de facto, que, pela lei de 13 de novembro de 1881, sujeitou os habitantes das provincias occupadas ao serviço militar, como se fossem seus proprios subditos. A occupação e administração da Bosnia e da Herzegovina é tambem uma cessão indirecta, disfarçada no *mandato*, confiado á Austria, de

¹ LAPRADELLE, *Rev. de dr. pub. et sc. pol.*, 1902, I, pag. 522.

² MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, IV, pag. 422.

manter a ordem e a tranquillidade nas duas provincias do imperio Ottomanico ¹.

b) *Cessão a titulo de arrendamento*. A diplomacia, ao serviço da expansão dos estados, vae creando dia a dia meios novos de engrandecimento territorial que possam condizer, ao menos na apparencia, com as ideias e sentimentos dos povos civilizados. Entre esses meios occupa um dos primeiros logares a cessão a titulo de arrendamento e que bem podemos chamar *arrendamento politico*, de que podem encontrar-se manifestações já bastante antigas, mas que apenas começou a ser usado como systema de aquisição territorial no ultimo quartel do seculo passado, e de que, embora usado de preferencia nas relações internacionaes com os estados que não fazem parte da communidade internacional, se encontram exemplos nas relações dos estados membros desta communidade.

Por meio do arrendamento politico, o estado locador cede ao estado locatario, por um longo periodo, em regra um seculo, ou mesmo por tempo illimitado, a administração de certo territorio e o exercicio effectivo dentro desse territorio dos direitos de soberania, embora o locador conserve o direito theorico, o *nudum jus*, de soberania e prive porisso o locatario da alienação da mesma soberania.

Era desta natureza a cessão reciproca da Inglaterra ao Congo e do Congo á Inglaterra, no tratado de limites de 12 de maio de 1894, de determinadas regiões descriptas no mesmo tratado, cessão que não chegou a tornar-se effectiva, por virtude de difficuldades levantadas pela Allemanha e pela França, que viam no pretensio arrendamento feito pelo Congo uma transmissão real da soberania em prejuizo dos direitos das duas po-

¹ LAFRADELLE, *Rev. e iog. cit.*

tencias ¹, e manifesta o mesmo character a cessão feita pela Republica de Cuba aos Estados Unidos, pelo tratado de 16-23 de fevereiro de 1903, de determinadas zonas de terra e agua para estações de carvão e estações navaes pelo tempo que os Estados Unidos julguem necessario e com o direito de ahí exercerem uma jurisdicção e auctoridade completas, embora ficasse resalvada a soberania *definitiva* da Republica cubana ².

O arrendamento politico suppõe a clausula de restituição, mas a restituição ou é protelada por um prazo excessivamente largo ou é estabelecida para um tempo indeterminado, e a obrigação de restituir apparece tão indefinida nas condições em que deve ser cumprida, que semelhante clausula é naturalmente destinada a ficar sem effeito, para a nova especie de arrendamento não passar duma cessão disfarçada mas definitiva da soberania, como já em 1894 o dizia claramente a chancellaria allemã ³.

116. IV. Prescripção. Consiste a prescripção, em direito internacional, na adquisição da soberania mediante a posse prolongada por parte dum estado sobre territorio pertencente a outro estado.

Embora não haja unanimidade nos escriptores, é a prescripção admittida pela sua grande maioria, chegando VATTEL a affirmar que ella é mais necessaria nas relações dos estados do que nas dos particulares, e bem assim é ella conforme á pratica internacional, pois que as potencias não só muitas vezes

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, xx, pag. 805, e xxi, pag. 531; *R. D. I. P.*, I, pag. 374, II, pag. 544 e VI, pagg. 113 e segg.

² *R. D. I. P.*, 1904, *Documents*, pag. 20.

³ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, xxi, pag. 534.

a invocam em apoio das suas pretensões, mas ainda fazem ouvir as suas reclamações para lhe evitar os efeitos. É que a prescrição representa uma instituição indispensável do direito internacional, bem o mostra a necessidade de evitar as contestações intermináveis sobre a formação e a existência das soberanias. Se um estado, durante longo espaço de tempo, exerce pacificamente e sem protesto a sua soberania em território doutro estado, legitimar a sua aquisição definitiva desse território, é a sanção merecida do abandono por parte do outro estado, é a consequência do aproveitamento duma região que, doutro modo, teria ficado estéril, e é a justa exigência da tranquillidade geral, a qual requer que a origem da soberania do estado não possa ser posta eternamente em dúvida,

Deve, porém, a posse ser pacífica, não contestada e *immemorial* no sentido de se não poder fixar no tempo a sua origem. Nestas condições, «a força do tempo e a sanção da história, diz DE MARTENS, impõem silêncio a todas as reivindicações e a todas as acusações contra as violências e contra as injustiças commettidas por ocasião dos engrandecimentos territoriaes».

DIVISÃO II

A aquisição de territorio em regiões ainda não submettidas a estados
membros da sociedade internacional

SUMMARIO : — 115. I. Ocupação. Noção geral e traços historicos. — 116. Condições de legitimidade da occupação. *a)* Capacidade do occupante. Valor da occupação effectuada por particulares. — 117. *b)* Objecto da occupação. Direitos dos estados civilizados relativamente aos territorios occupados pelos povos selvagens. — 118. *c)* A posse effectiva e *d)* a communicação ás potencias, como requisitos da validade juridica da occupação. — 119. II. O protectorado colonial. Sua significação e condições de legitimidade. — 120. III. Espheras de influencia. Suas formas e valor perante o direito internacional. — 121. IV. Arrendamento politico. Suas applicações nas relações com os estados de civilização não europeia. 122. — V. Os pactos de não-alienação. O seu valor de monopolios de posse futura. — 123. VI. As zonas neutras. Meios do alargamento territorial do estado vizinho mais forte.

115. I. Occupação. Em geral, pode dizer-se occupação o acto pelo qual o estado toma posse dum territorio que não pertence a outro estado, com a intenção de o submeter á sua soberania.

A occupação, que teve as suas mais frequentes applicações na origem das sociedades, quando os povos se organizavam em estados e imprimiam, pelo seu trabalho e pela sua energia, o cunho da sua personalidade á região escolhida para seu territorio, revestiu a sua importancia primitiva nos seculos xv e xvi, ou o periodo dos grandes descobrimentos realizados pelos povos europeus, e de novo veio attrair nos ultimos tempos a attenção dos publicistas e dos diplomatas, por virtude do movimento de expansão colonial e tendencias impe-

rialistas que impelliram os estados civilizados a occupar territorios outr'ora desconhecidos ou abandonados e deram interesse a regiões continentaes ou insulares dantes consideradas sem importancia.

Não foi, porém, sempre egual a doutrina juridica da occupação nos tempos *modernos*, pelo que apresentaremos, a traços largos, a historia desta instituição, para bem medirmos o alcance da sua actual theoria positiva no direito internacional.

Os internacionalistas dividem geralmente em tres periodos a historia *moderna* da occupação, segundo o principio invocado pelos estados para legitimar as aquisições territoriaes por meio desse processo, decorrendo o primeiro desde o seculo XIV até meados do seculo XVI, indo o segundo dahi até meados do seculo XIX e abrangendo o terceiro os tempos posteriores.

a) No primeiro periodo deu-se ao direito de occupação uma interpretação tão larga, que os estados, em cujo nome tinha sido occupada uma parte das costas duma ilha ou dum continente, se declaravam senhores, não só dos territorios realmente occupados, mas de todo o interior da ilha ou do continente descoberto. Foi assim, por exemplo, que os portuguezes pretenderam possuir toda a Africa, os hespanhoes toda a America do Sul e os ingleses toda a America do Norte, e estes só porque em 1496 o veneziano Caboto, a serviço da Gran-Bretanha, tinha costeado em parte o continente americano. Estas exaggeradas pretensões levantaram naturalmente divergencias entre os estados descobridores ou a proposito de qualquer territorio sobre o qual cada um se attribuia a prioridade da descoberta ou relativamente á determinação dos limites das suas possessões. Para resolver semelhantes conflictos, recorriam os governos aos papas, os quaes demarcavam o campo das descobertas de cada estado e attribuiam ás diversas nações territorios ainda indeterminados. É a este respeito notavel a bulla *Inter cactera* de Alexandre VI, de 4 de maio de 1493, a qual

dividiu entre os portuguezes e hespanhoes as terras, descobertas ou por descobrir, que ficassem respectivamente ao oriente e ao occidente duma linha traçada a cem leguas das ilhas dos açores ou de Cabo Verde, linha que foi fixada pelo tratado de Tordesillas, concluído entre Portugal e Hespanha a 7 de junho de 1494, á distancia de trezentas e setenta leguas das ilhas de Cabo Verde, sendo este tratado confirmado pelo papa Julio II numa bulla de 24 de janeiro de 1506.

Estes factos e outros semelhantes registados pelos historiadores do tempo mostram que a legitimidade da occupação se fundava apenas num *começo* de descoberta e se exigia uma auctorização ou uma investidura pontificia para entrar na posse soberana do novo territorio. A occupação revestiu a fórma duma missão evangelizadora auctorizada ou reconhecida pelo pontifice romano. E tanto assim, que podiam ser occupados os paises habitados por infeis, cujos territorios se consideravam *res nullius*.

b) O estado de cousas que acabamos de descrever teve de mudar quando, em concorrência com os portuguezes e hespanhoes e depois de meados do seculo XVI, os ingleses, franceses e holandeses se lançaram no caminho das descobertas e das empresas longinquas. Os novos povos navegadores recusaram-se a reconhecer as bullas pontificias, respondendo, por exemplo, Isabel de Inglaterra a Mendoza, embaixador de Hespanha que se queixava da expedição de Drake, que não comprehendia porque os seus subditos ou os de qualquer outra potencia haviam de ser privados de praticar o commercio nas Indias, que não reconhecia as decisões do bispo

¹ *Bullarum, diplomatum et privilegiorum, etc.*, tom. v. pag. 361; D. ANTONIO CAETANO DO AMARAL, *Provas da histooia genealogica da Casa Real Portuguesa*, tom. II, pagg. 94 e 106.

de Roma, e que não considerava legitimo o direito de soberania territorial que se não revelasse por uma occupação real e por uma posse effectiva, e pouco e pouco se foi firmando o principio de que, uma posse real e effectiva era o unico meio legitimo por que a occupação podia conduzir á adquisição de territorios, principio já formulado por GROCIO no principio do seculo XVII, unanimemente acceito pelos publicistas do seculo XVIII depois de VATTEL e que caracteriza sob o ponto de vista theorico o segundo periodo da historia da occupação.

É, porém, certo que o principio, embora formulado com precisão theorica, não condicionou a pratica dos estados e que os governos basearam muitas vezes a adquisição de territorios numa posse figurada e *ficticia*, como a mantida pelo levantamento duma cruz, por um monumento ou pelo facto de içar uma bandeira, manifestações de posse que auctorizavam a occupação de immensas extensões e eram causa frequente de conflictos. Restava, pois, que o principio passasse a ser geralmente applicado e que a posse effectiva se tornasse o verdadeiro fundamento das occupações territoriaes. Foi o que aconteceu no terceiro periodo.

c) Formulado por GROCIO e VATTEL e acceito posteriormente por todos os internacionalistas, o principio da posse effectiva, como base da occupação, foi durante a segunda metade do seculo XIX, mais ou menos sinceramente, proclamado pelos governos, e tornou-se uma regra do direito internacional positivo depois da *conferencia africana*, celebrada em Berlim desde 15 de novembro de 1884 até 26 de fevereiro de 1885.

Foram duas as regras formuladas pela conferencia relativamente á occupação, as quaes se encontram consignadas nos artigos 34.º e 35.º do acto final de 26 de fevereiro de 1885 e consistem na exigencia duma posse real e *effectiva*, como base da occupação, e na necessidade de o estado occupante

notificar a occupação ás outras potencias signatarias do acto de Berlim.

Da letra dos citados artigos resulta que as suas disposições são restrictas ás occupações realizadas nas cossas do continente africano, só se applicam ás occupações posteriores a 26 de fevereiro de 1885 e só são obrigatorias para as potencias signatarias ou adherentes ao acto de Berlim. Apesar, porém, de taes restricções, aquellas regras podem considerar-se como a expressão do direito internacional commum, já porque a doutrina as consagra, acceitando-as o Instituto de Direito Internacional na sessão de Lausanne de 1888¹, já porque a pratica dos governos tende cada vez mais a conformar-se com ellas. Ha, com effeito, factos recentes que mostram que a *effectividade* da occupação constitue uma exigencia do actual direito internacional e revelam a tendencia dos estados para reconhecerem a utilidade e a justiça da *notificação*.

Assim: quanto á primeira regra, foi impondo a obrigação duma *effectiva* occupação futura que Leão XIII, no acto de mediação entre a Allemanha e a Hespanha de 1885, ratificado pelos dois estados no protocollo de 17 de dezembro do mesmo anno, reconheceu a soberania da Hespanha sobre as ilhas Carolinas e confirmou o direito historico deste país, e, no conflicto levantado em 1888 entre a Italia dum lado e a Turquia e o Egypto do outro, a proposito da occupação italiana em 1885 de Massaliah, no Alto-Sudan, toda a difficuldade versou sobre saber se o sultão, por si ou pelo khediva, tinha mantido uma occupação sufficientemente *effectiva* para pôr obstaculo á tomada de posse duma outra potencia; quanto á segunda, em 1881 a França notificou ás potencias o seu protectorado sobre

¹ *Annuaire, Tableau général*, 1873 a 1892, pag. 144 e segg.

a Tunisia, em 1884 a Allemanha notificou o protectorado da costa oriental da Africa, em 1886 a França notificou o protectorado sobre Madagascar, depois do acto de Berlim a Italia notificou o protectorado que julgava exercer sobre a Abyssinia, e, por convenção de 1 de julho de 1890, a Allemanha e a Inglaterra comprometteram-se a notificar-se mutuamente todos os tratados por ellas celebrados com os chefes indigenas dos territorio limitrophes do lago Tchad, que fica fóra dos limites previstos pelo acto de Berlim.

Verificado, dum modo geral, o caracter da occupação no periodo contemporaneo, procuremos fixar os requisitos a que ella deve satisfazer, para produzir a adquisição da soberania territorial.

116. O estudo juridico positivo da occupação no direito internacional suppõe a determinação da *capacidade* do occupante, da natureza do *objecto* a occupar e das *condições* de fundo ou de fórma que o occupante deve cumprir. Examinaremos successivamente estes differentes elementos.

a) *Capacidade do occupante.* A occupação tende á adquisição da soberania e, porisso, deve ser realizada em nome e com o assentimento do governo dum estado.

Póde, porisso, a occupação ser effectuada por um mandatario do estado, a quem este tenha confiado essa missão especial, e o mandatario pode ser um funcionario do estado ou um particular constituído em delegado para o fim especial da occupação, bem como pode ser nacional do estado que o envia ou pertencer a outro estado, como aconteceu com Colombo, que era um genovês ao serviço dos reis de Hespanha, e com Caboto, que era um veneziano ao serviço de Henrique VII de Inglaterra.

Mas poderão tambem os particulares, individuos ou sociedades, designadamente as companhias de colonização, gosar e

exercer o direito de occupação? O direito de occupação no direito internacional constitue a faculdade de adquirir poderes soberanos sobre territorios *nullius* e, porisso, não pode pertencer senão ás entidades dotadas de soberania, que são os estados. Os individuos e as sociedades particulares são naturalmente privados desse direito. Não quer isto dizer que um individuo ou uma sociedade não possam fundar um estado novo, pois, para provar o contrario, bastaria lembrar: o principado de Sarawak, fundado por Brooke em 1841, reconhecido pelas potencias em 1868 e collocado sob o protectorado inglês em 1888; o estado da Liberia, fundado pela associação anti-escravista constituída em Washington em 1816 e reconhecido desde 1839; e bem assim o Estado independente do Congo, fundado pela Associação internacional do Congo e oficialmente reconhecido na conferencia de Berlim de 1884-85. Mas, em tal caso, não é uma occupação que se realiza, dá-se uma das muitas modalidades que pode revestir a criação dos estados, é uma nova communitade politica que apparece e se impõe ao reconhecimento dos estados existentes. O que, porém, se pretende significar, é que os particulares, individuos ou sociedades, não podem, nessa qualidade simplesmente, occupar soberanamente um territorio em nome dum estado existente.

Podem, porém, os particulares, e designadamente as companhias de colonização, ser auctorizados pelo seu governo a exercer o direito de occupação, e então exercem um verdadeiro mandato publico e pode a sua occupação produzir a adquisição do direito de soberania.

Praticamente, a occupação de territorios tem sido por muitas vezes effectuada por um particular ou por uma sociedade privada, procedendo por sua iniciativa e sob sua responsabilidade pessoal e submittendo depois os seus actos á ratificação dos governos em nome de quem procederam como um gestor de.

negocios, os quaes se tẽem aproveitado da occupação realzada e lhe tẽem dado effeito retroactivo.

E é de notar que quasi todos os estados colonizadores preferem hoje o systema da occupação por companhias privadas ao systema da occupação por mandatarios officiaes, por virtude das evidentes vantagens economicas do primeiro systema, emquanto substitue á iniciativa administrativa, sempre muito dispendiosa, a iniciativa dos particulares, geralmente mais activos e mais economicos, e permite o desinvolvimento espontaneo das empresas commerciaes, industriaes e agricolas, sempre importantes para o desinvolvimento colonial. Não deve, porém, esquecer-se que a occupação por mandatarios officiaes tem, sob o ponto de vista internacional, a grande vantagem de evitar as situações equivocas, de affirmar claramente a intenção de occupar e de estabelecer a soberania por um começo de exercicio de auctoridade e de administração, e que a occupação por companhias pode levar a empresas compromettedoras para o seu país e provocar serios conflictos internacionaes. É, porisso, para desejar que, com prudencia e cautela, os govenos regulem as condições em que os particulares podem proceder á occupação de territorios.

117. b) *Objecto da occupação.* O territorio *objecto* da occupação deve ser uma *res nullius* e, porisso, não se encontrar submettido á soberania de qualquer estado.

São evidentemente *res nullius*, e, portanto, podem ser livremente occupados, os territorios deshabitados e abandonados. O abandono, *derelictio*, suppõe a dupla desistencia do *corpus*, ou detenção material do territorio, e do *animus*, ou intenção de continuar na posse da soberania do mesmo territorio. Se, pois, um territorio já tiver sido occupado por um estado civilizado, em principio, não deve outro estado occupá-lo como abandonado, antes que por parte do primeiro se dê a desis-

tencia da sua soberania, aliás podem originar-se serios conflitos de estados, como foi o de Portugal com a Inglaterra a proposito da baía de Delagôa, resolvido a favor de Portugal pela sentença arbitral de Mac-Mahon de 25 de julho de 1875.

Constitue, porém, já uma questão séria o saber se o territorio occupado pelas tribus selvagens pode ser considerado como *res nullius* e, portanto, constituir objecto de occupação.

A maior parte dos escriptores dos seculos XV, XVI e XVII sustentavam que os povos selvagens e as tribus barbaras não tinham sobre as terras que occupavam direito algum de soberania ou de propriedade, não passando de simples detentores de facto ou possuidores transitorios que podiam ser legitimamente desapossados pelos estados civilizados. Esta extraordinaria doutrina, muitas vezes resultante dum sincero proselytismo religioso, que não comprehendia que aos infieis pudessem ser attribuídos direitos de soberania ou de propriedade, foi vigorosamente combatida pelos escriptores do seculo XVIII e, successivamente, substituída por escolas cada vez menos radicaes.

Uma corrente doutrinal intermediaria, apoiada principalmente pelos juristas americanos, veio sustentar que os povos selvagens deviam ceder ao *direito de colonização* e ao *direito de civilização* dos estados progressivos, que devia distinguir-se cuidadosamente entre o direito de propriedade immobiliaria e o direito de soberania, para respeitar, até certo ponto, o primeiro aos indigenas e attribuir o segundo aos estados civilizados, e que, portanto, estes podiam exercer sobre as terras dos selvagens um verdadeiro direito de occupação. É com mais ou menos variantes a doutrina de VATTEL, CHRÉTIEN, SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, HOLTZENDORFF, BLUNTSCHLI, etc.

Ainda esta doutrina pareceu a muitos escriptores ou exaggerada, emquanto legitimava a violencia para com os povos selvagens, ou perigosa, emquanto podia levar a dar o nome

de missão civilizadora á exploração dos fracos em proveito dos fortes, e, porisso, se formou uma nova escola mais respeitadora dos direitos dos selvagens, a qual sustentou que lhes devia ser reconhecido não só o direito de propriedade, mas ainda o direito de soberania, da qual, se não tinham uma concepção precisa como os povos civilizados, revelavam uma certa noção nos seus tratados, nas suas treguas, nas suas alianças e mesmo na protecção concedida pelos seus reis aos exploradores pacíficos. Esta doutrina, fundada na consideração de que a falta de civilização, sendo uma infelicidade para os povos selvagens, não constitue causa de incapacidade que auctoreze a despojá-los dos direitos de soberania alem da medida necessaria para paralyzar os seus ataques, se a sua falta de civilização os leva a praticar actos prejudiciaes aos outros países, e de que a propaganda da civilização só auctoreza a estabelecer com elles relações pacificas e a communicar-lhes, por meio dellas, os beneficios do progresso economico e moral dos povos superiores, foi a que prevaleceu na conferencia de Berlim e, se no acto final não ficou uma disposição formal que a consagrasse, todas as declarações feitas no decurso das sessões com ella se harmonizaram.

Tambem da mesma doutrina se aproxima a pratica actual dos povos europeus, cujos governos manifestam, por vezes, a ideia de que a soberania rudimentar e primitiva dos povos barbaros deve ser respeitada e seguem regularmente o systema de celebrar tratados com os soberanos barbaros, em que estes abandonam a sua soberania ou se submettem a um protectorado, o *protectorado colonial*, que, se na maior parte das vezes não passa duma occupação indirecta e até constitue um meio de melhor exercer a acção colonial pelo aproveitamento das instituições já existentes no país protegido, respeita em certo modo os direitos daquelles soberanos. Embora só na apparencia ou por um motivo de interesse, como alguns escri-

ptores o intendem e certos factos o provam, a verdade é que, em principio, a soberania barbara é respeitada e que as convenções pacifica vieram substituir, em grande parte, a occupação violenta.

Deve, porém, observar-se que a doutrina menos radical e a pratica apparente ou real dos estados só não consideram como *res nullius* os territorios regidos por uma soberania, barbara sim, mas em todo o caso com uma organização ao menos rudimentar. Quando semelhante organização não exista, como se se trata de tribus anarchicas ou nomadas, pode levar-se em conta um certo direito de propriedade ou de posse anterior, mas o territorio por essas tribus occupado ou percorrido é tido por *nullius* e susceptivel de occupação.

118. c) *Effectividade da posse*. Como dissemos acima, a necessidade de assentar a legitimidade da occupação numa posse real e effectiva, affirmada como principio desde GROCIO, assumiu o character duma regra positiva no seculo XIX e foi claramente consagrada pela conferencia de Berlim, a qual, no art. 35.º do acto final de 26 de fevereiro de 1885, firmou esta disposição: «As potencias signatarias do presente Acto reconhecem a obrigação de assegurar ños territorios por ellas occupados, nas costas do Continente Africano, a existencia duma auctoridade sufficiente para fazer respeitar os direitos adquiridos e, quando necessario, a liberdade do commercio e do transito nas condições estipuladas». E, se o acto de Berlim apenas obriga os estados signatarios ou adherentes, o certo é que a effectividade da posse constitue hoje uma exigencia do direito internacional para todas as occupações e tem o character dum preceito consuetudinario onde não chega a força obrigatoria do tratado de Berlim.

A effectividade da posse comprehende o conjuncto de circumstancias que permitem conservar um territorio á disposi-

ção do estado e que variam naturalmente com as condições do mesmo territorio e com a marcha progressiva do exercicio da soberania na sua submissão e exploração. Assim, será a occupação militar, ou o estabelecimento de serviços administrativos, judiciarios, fiscaes, ou qualquer outra manifestação de soberania ajustada ao modo de ser especial do territorio occupado, que, em cada caso, se deve considerar como signal duma posse effectiva.

Claro é que, no seu principio, a occupação não pode deixar de ser figurada ou ficticia, manifestando-se ordinariamente na affirmação de soberania constituída pelo facto de içar a bandeira nacional e saudá-la com uma salva de tiros de peça ou de mosquête. Não basta, porém, como outr'ora, semelhante manifestação de soberania, tornando-se necessario que ella seja seguida de actos de posse real e effectiva. Qual seja o periodo maximo que deve mediar entre a descoberta e a occupação effectiva, não pode fixar-se *a priori*, pois ha de variar naturalmente com a extensão do país a occupar, com o seu estado de civilização, com a facilidade de penetração, etc. Diante, contudo, da actividade colonizadora dos povos modernos e da sempre crescente facilidade de pôr em communição os territorios mais afastados, não parece duvidoso que esse periodo deve tornar-se cada vez mais curto, reduzindo-se sempre ao minimo, para, em condições normaes, effectuar a occupação.

O principio da effectividade da posse exclue a *theoria do direito de vizinhança ou de contiguidade*, segundo a qual a occupação deve abranger todo o territorio que forme um todo geographico, segundo limites naturaes, com a região occupada. Semelhante *theoria* não só vae de encontro á effectividade da posse, mas ainda se oppõe á necessaria delimitação, pelo menos approximativa, dos territorios occupados, e, porisso, a seguir-se, seria origem de constantes conflictos internacionaes.

d) *Notificação*. Outro principio novo em materia de occu-

pação é a sua notificação ás potencias. Praticada já antes de 1885 por algumas potencias na occasião de assumirem protectorados, os quaes constituem, em certo modo, uma fórma actual da occupação, foi a notificação formulada pelo art. 34.º do Acto de Berlim nestes termos: «A potencia que daqui em diante tomar posse dum territorio nas costas do Continente Africano, situado fóra das suas possessões actuaes, ou que, não as tendo até agora, venha a adquiri-las, e, do mesmo modo, a potencia que ahi assumir um protectorado, acompanhará o acto respectivo duma notificação dirigida ás outras potencias signatárias do presente Acto a fim de as habilitar a fazer valer, se houver logar a isso, as suas reclamações». Depois de 1885, foi o principio da notificação, como vimos, consagrado pela doutrina e praticado pelos estados, em ordem a poder dizer-se que elle constitue uma exigencia do direito internacional positivo.

119. II. *Protectorado colonial*. Na colonização moderna, ao lado da occupação directa dos territorios *nullius* e da *adquisição convencional* em plena soberania de regiões habitadas por povos incultos, tem sido largamente praticado o systema do *protectorado colonial*, pelo qual os estados civilizados, respeitando mais ou menos a autonomia administrativa dos povos indigenas, quando estes apresentam uma organização coherente, embora rudimentar, excluem do seu territorio a acção de terceiros estados e representam e defendem esses povos nas relações internacionaes. O protectorado colonial é, no regimen interior, a collaboração do estado protector e dos chefes indigenas no governo e administração do país protegido, embora sob a superintendencia e a direcção superior do protector, e, no regimen exterior, a exclusão dos demais estados, alem do protector, do país protegido e a representação defesa do mesmo país pelo protector. A cooperação do protector e protegido no regimen interno tende a manter as instituições adaptadas aos

costumes dos indigenas e a crear a seu lado instituições que correspondam ao estado de cultura dos immigrants civilizados e melhorem progressivamente a organização social do país; a exclusão, representação e defesa, no regimen exterior, significam a identificação do povo protegido na personalidade internacional do estado protector.

Todavia, o regimen da cooperação interna é um regimen instavel, que se dissolve em beneficio das instituições do estado protector á medida que o elemento immigratorio vae augmentando de importancia e as instituições indigenas deixam de accomodar-se á transformação progressiva do país. O governo auctochtone, como escreve THOZÉE, acaba por se tornar inepto para formular as leis e impotente para as applicar, e o protectorado constitue um caminho suave para a annexação.

Embora pacifico e fecundo de resultados civilizadores, o protectorado colonial é afinal um processo de colonização, um meio de adquirir a soberania territorial e porisso importa determinar as condições de legitimidade do seu estabelecimento em face do direito internacional.

O estatuto internacional do protectorado colonial é definido pelos artigos 34.º e 35.º do Acto de Berlim de 1885, cuja letra já conhecemos.

Pelo artigo 34.º, o estabelecimento dum protectorado deve ser acompanhado duma *communição* ás potencias para que estas possam formular as suas reclamações. Sob este ponto de vista, é o protectorado equiparado á occupação directa.

O artigo 35.º, comtudo, estatuindo a obrigação da posse effectiva, pela organização duma auctoridade sufficiente para fazer respeitar os direitos adquiridos bem como a liberdade de commercio e de transito nas condições estabelecidas por aquelle Acto, menciona apenas a occupação e porisso parece legitimar o estabelecimento de protectorado sem posse effectiva, tanto mais que, referindo a redacção primitiva do artigo os

protectorados, foram estes eliminados na redacção definitiva, por proposta do plenipotenciario inglês Malet, proposta apoiada pelo plenipotenciario allemão Busch que condemnou a amplitude da disposição que sujeitava os protectorados ás mesmas condições que os territorios occupados.

É certo, como nota WESTLAKE, que a necessidade de estabelecer uma auctoridade legal, egual á que o artigo 35.º torna obrigatoria para o caso de occupação, deriva da natureza mesma do protectorado colonial, pois que o character exclusivo de protectorado, impedindo todos os outros estados, alem do protector, de estabelecer o governo exigido pelas condições do país protegido, obriga o protector a estabelecer esse governo, e, suppondo o reconhecimento pelos outros estados do regimen de protecção bem como o exercicio da jurisdicção em relação aos subditos desses estados, que não consentiriam que os seus nacionaes ficassem sujeitos ás justiças indigenas, obriga o mesmo protector a organizar regularmente a jurisdicção. Acresce que o artigo 1.º da convenção de Bruxellas de 2 de julho de 1890, relativa á repressão do trafico de escravos, convenção assignada por todos os estados que assignaram o Acto de Berlim, á excepção do Luxemburgo, declarou que os meios mais efficazes para combater o trafico no interior de Africa era a organização progressiva dos serviços administrativos, judiciaes, religiosos e militares nos territorios collocados sob a soberania ou sob o protectorado das nações civilizadas, o estabelecimento de estações fortemente occupadas, a construcção de estradas e linhas ferreas, a installação de barcos a vapor nas aguas interiores, o estabelecimento de linhas telegraphicas, a organização de expedições e de columnas moveis que apoiem a acção das estações e dêem segurança ás vias de communicação, e a restricção da importação das armas de fogo e de munições, o que tudo suppõe uma posse effectiva e um poder sufficientemente organizado pelo

estado protector nos países de protectorado. Comtudo, os estados coloniaes poderão invocar sempre a historia e a letra do artigo 35.º do Acto de Berlim para se dispensarem da obrigação duma posse effectiva nos países de protectorado, o que juncto á tendencia para transformar o protectorado colonial numa soberania quasi absoluta e numa verdadeira annexação, pode conduzir á pratica de dissimular sob o nome de protectorado uma occupação territorial sem satisfazer á exigencia duma posse real e effectiva e de converter o protectorado colonial, de meio pacifico de submeter os povos selvagens em beneficio da civilização, num subterfugio destinado a sophismar o principio da effectividade da posse como base seria da occupação.

O estatuto internacional do protectorado colonial exige, pois, um duplo aperfeiçoamento — a sua exclusiva applicação aos casos de existencia duma soberania indigena organizada com sufficiente conferencia, para applicar o principio da occupação aos territorios *nullius* segundo o direito internacional, — e a exigencia da organização pelo estado protector dum poder legal regular no país de protectorado para que a protecção colonial não tenha efeitos meramente internacionaes e não degenerere por fim numa occupação ficticia. A exigencia dum poder legal regular nos países de protectorado foi já considerada como legitima pelo Instituto de direito internacional, que, accetando, na sessão de Lausanne de 1888, os principios estabelecidos pela conferencia de Berlim sobre occupação e protectorados, considerou o principio da effectividade da posse como condição de legitimidade do protectorado colonial⁽¹⁾.

¹ THOZÉE, *Théories de la colonisation au XIX^e siècle*, pagg. 624 e segg.; WESTLAKE, *Études sur les principes du droit international*, trad. de NYS, Paris, 1895, pagg. 190 e segg., e *International law*, Cambridge, 1904, pagg. 94 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 80 e segg.; *Annuaire de l'Institut*, tom. x, pagg. 116 e 201, *Tableau, loc. cit.*

120. III. *Espheras de influencia*. Um novo meio de expansão dos estados modernos em regiões ainda não submettidas aos estados membraes da communitade internacional é a instituição das *espheras de influencia*¹, de que procuraremos apresentar os caracteres fundamentaes e as formas de applicação e bem assim apreciar o valor e a significação.

A partir da conferencia de Berlim de 1884-85, apparece uma serie de tratados entre os diversos estados coloniaes — como os concluidos entre a Inglaterra e a Allemanha a 25 de abril de 1885², 27 de julho de 1886³, 1 de julho de 1890⁴ e 15 de novembro de 1893⁵, entre a Inglaterra e a França a 10 de agosto de 1889⁶ e 5 de agosto de 1890⁷, entre a Inglaterra e a Russia a 11 de março de 1895⁸, entre a França e o Congo a 22 de novembro de 1885⁹ e 29 de abril de 1887¹⁰, e entre a Inglaterra e a Italia a 24 de março e 15 de abril de 1891¹¹ — do teor dos celebrados por Portugal com

¹ DESPAGNET, *Les occupations de territoires et le procédé de l' Hinterland* R. D. I. P., 1894, pagg. 103 e segg.; GENNARO MONDINI, *La sfera d'influenza nella storia e nel diritto*, na *Rivista di diritto int. et de leg. comp.*, 1902, pagg. 353 e segg.; LAPRANDELLE, *Chronique internationale*, na *Rev. droit public e de science politique*, 1902, vol. I, pagg. 498 e segg. e 1903, vol. II, pagg. 98 e segg.; WESTLAKE, *Études cit.*, pag. 202, e *International law*, pag. 128.

² MARTENS, *Nouveau Recueil Général de Traités*, 2.^e série, XI, pag. 469.

³ *Idem*, XVI, pag. 803.

⁴ *Idem*, XVI, pag. 895.

⁵ *Idem*, XX, pag. 276.

⁶ *Idem*, XVI, pag. 853.

⁷ *Idem*, XVI, pag. 927.

⁸ *Idem*, XXIII, pag. 25.

⁹ *Idem*, XVI, pag. 587.

¹⁰ *Idem*, XVI, pag. 588.

¹¹ *Idem*, XVIII, pagg. 175 e 737.

França a 12 de maio de 1886, com a Allemanha a 30 de dezembro do mesmo anno, com a Congo a 25 de maio de 1891, e com a Inglaterra a 11 de junho do mesmo anno¹, em que se indica o seu fim em termos correspondentes aos do preambulo do nosso tratado com a Inglaterra — «S. M. F. e S. M. a Rainha da Gran-Bretanha . . ., no intuito de regular definitivamente a delimitação das suas respectivas *espheras de influencia* e animados do desejo de assegurar as relações de amizade entre as duas potencias. . .», em cujas disposições se estabelecem as linhas fronteiras do dominio dos estados contractantes, e onde se lêem preceitos semelhantes aos do art. 8.º do mesmo tratado com a Inglaterra, cujos termos são: «Cada uma das potencias *obriga-se a não intervir na esphera de influencia* respectivamente determinada á outra. Nenhuma das potencias *fará aquisições, celebrará tratados, aceitará direitos soberanos ou protectorados na esphera da outra*. Fica entendido que nem companhias, nem particulares dependentes duma das potencias poderão exercer direitos soberanos na esphera reconhecida á outra, a não ser que para isso tenha o consentimento desta».

Semelhantes tratados definiram a forma fundamental do systema das espheras de influencia, que MODAINI, em face dos mesmos tratados, caracteriza nestes termos: «Proibição reciproca de as duas partes contractantes poderem fazer aquisições territoriaes uma na esphera da outra, de concluir tratados, de aceitar direitos de soberania ou de protectorado, e de estorvar ou contestar a influencia da outra»².

Esta forma do systema das espheras de influencia é geralmente designada pela palavra alemã *hinterland*, pois consiste em fixar, por um accordo internacional, uma linha topographica

¹ Cartas regias de 14 de julho de 1887, 25 de agosto do mesmo anno, 27 de junho de 1891, e 30 de julho do mesmo anno.

² *Rev. cit.*, pag. 362.

para quem da qual cada estado tem o direito de occupação ou de estabelecimento de protectorados com a exclusão do outro contractante. A esphera de influencia é para cada estado o seu *hinterland* ou territorio situado atrás da linha convencional. E o fim da fixação das esferas de influencia ou dos tratados de *hinterland* é, não tanto fixar as fronteiras segundo o estado de posse actual, como fixar as esferas do seu dominio *para o futuro*, como claramente o disse a chancelaria allemã nas negociações para o tratado celebrado com Portugal em 1886¹. Os tratados de *hinterland* têm, assim, por objecto a attribuição reciproca do direito de occupar territorios *nullius* ou de estabelecer protectorados sobre os soberanos selvagens, sem que, para o reconhecimento de semelhante direito, se exija qualquer acto de posse effectiva.

Ao lado dos tratados de *hinterland*, como forma principal do systema das esferas de influencia, apparece uma nova manifestação do systema no Extremo Oriente, principalmente na China, com certas concessões economicas, como a exploração de minas e a construcção de caminhos de ferro, numa determinada região a um estado com a exclusão de qualquer outro estado, uma especie de *monopolios regionaes*, em beneficio dos estados de civilização europeia e do Japão, a que se tem dado o nome de *esferas de interesse* e tambem de *esferas de influencia*.

A instituição das esferas de interesse, de que já encontramos uma affirmação frisante no tratado secreto sino-russo de outubro de 1896², em que a China concedeu á Russia o direito de fazer passar pela Mandchuria a linha ferrea Transi-

¹ *Livro Branco*, Negociações relativas á delimitação das possessões portuguezas e allemãs na Africa meridional, 1887, pagg. 11.

² *R. D. I. P.*, 1905, pag. 226.

beriana, representa assim um *hinterland* de character economico resultante dum privilegio concedido pelo soberano territorial. Emquanto o *hinterland* politico realiza antecipadamente uma divisão territorial entre concorrencias politicas, a esphera de interesse opera essa divisão entre concorrencias economicas. E para que a approximação fosse mais completa, ao lado do tratado de concessão, apparecem tratados entre o estado concessionario e terceiras potencias para o effeito de estas não obterem concessões eguaes nos mesmos territorios. Foi assim que a 28 de abril de 1899¹ a Inglaterra concluiu com a Russia uma convenção pela qual renunciou a toda a concessão de caminhos de ferro na Mandchuria, da mesma fórma que a Russia a ella renunciava no Yang-tsé.

Encontradas as duas manifestações do systema das espheras de influencia, determinemos, dum modo geral, a sua applicação e o seu valor nas relações internacionaes e, particularmente, no que respeita á occupação de territorios.

O *hinterland* politico, cujo inicio pode ir buscar-se á bulla *Inter caetera* de Alexandre VI, a qual demarcou entre portugueses e hespanhoes duas vastissimas espheras de influencia, e de que encontramos applicações nos seculos seguintes, foi arvorado em systema e obteve os foros de instituição juridica depois da conferencia de Berlin. O seu destino consistiu, segundo a letra dos tratados, em prevenir e evitar os conflictos entre os estados na sua expansão colonial por meio da occupação directa ou dos protectorados, demarcando a cada um o campo da sua actividade. Parece, todavia que, dada a natureza mesma dos tratados que o generalizaram e erigiram em systema, os quaes se têm referido principalmente a territorios *nullius* ou occupados por soberanos selvagens, se-

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, xxxii, pag. 118.

melhante instituição se propôs illudir a exigencia da effectividade da posse como base da occupação, já que os estados contractantes não precisam provar, nas suas mutuas relações, uma occupação effectiva na esphera reservada á sua influencia. E se não foi esse o seu intuito, foi por certo um dos seus effectos. O systema do *hinterland* representa uma nova consagração da occupação ficticia. E, se é verdade que os tratados de *hinterland* só obrigam os estados signatarios e que, portanto, os demais estados não são obrigados a reconhecer os seus *direitos* e portanto podem exercer a sua acção civilizadora onde os não detenha uma occupação effectiva, tambem não é de esquecer que a generalização daquelles tratados, generalização a ponto de a maior parte da Africa estar hoje dividida em zonas de influencia reservadas a differentes países, especialmente nas relações de Portugal, da França, da Inglaterra, da Alemanha e da Italia, determinará naturalmente uma forte resistencia *collectiva* dos estados que se attribuem determinadas espheras de influencia contra aquelles que tentem desconhecê-las. A arte diplomatica creou, assim, um meio de inutilizar em grande parte o principio da effectividade da posse como condição da legitimidade da occupação, pois, á parte o respeito dos direitos já adquiridos por terceiras potencias nos territorios delimitados, ficam estas, de facto, privadas de acção colonizadora em territorios realmenté *nullius*, se não quiserem provocar serios conflictos internacionaes.

O systema das espheras de influencia economica caracteriza uma das correntes de opinião que têm prevalecido alternadamente entre as potencias ácerca da politica a seguir no Extremo Oriente. São duas essas correntes de opinião, — uma chamada a politica da *porta aberta* (open door), sustentada pelos Estados Unidos, pela Inglaterra e pelo Japão, e segundo a qual o commercio, a industria e os capitaes de todos os estados civilizados devem ser livremente exercidos ou empregados

em todo o Extremo Oriente —, e outra a das espheras de influencia, defendida principalmente pela França e pela Russia, em harmonia com a qual, ao contrario, o commercio, a industria e o emprego de capitaes devem ser exclusivos dum só estado em territorios attribuidos á sua esphera de influencia. Apesar das divergencias, tõem sido concedidas successivamente espheras de interesse, ainda em beneficio dos estados que impugnam semelhante systema de concessões, como um meio de manter o equilibrio dentro de semelhante regimen.

Assim praticado e bastante generalizado, o *hinterland* economico representa em certo modo um processo de occupação economica, como o *hinterland* colonial constitue um meio de occupação politica, e prepara porventura uma futura annexação territorial com todos os direitos soberanos, principalmente quando se combine com outras instituições que, em beneficio dos estados de civilização europeia, já tõem sido applicadas no Extremo Oriente, o *arrendamento politico*, pelo qual a China tem concedido em certos territorios o exercicio de todos os direitos soberanos, sob a reserva da sua soberania theorica nesses territorios, e os *settlements*, uma especie de *autonomias municipaes*, segundo a expressão de CATELTANI ¹, dentro dos quaes os estrangeiros estão em grande parte isentos das leis e auctoridades locais, regulando-se pelas leis do seu país e sendo julgados pelos tribunaes consulares. Para o mesmo resultado deve concorrer o facto de os estados concessionarios celebrarem tratados com terceiras potencias para a renuncia a concessões economicas dentro das regiões da concessão. O *hinterland* economico parece, em summa, um meio de occupar suave e *juri-*

¹ *R. D. I. P.*, 1903, pagg. 339 e 570; CATELLANI, na *Rivista de diritto int.*, etc., 1902, pagg. 301 e segg., e na *Rivista italiana de sociologia*, 1902, pagg. 527 e segg.

dicamente os territorios submettidos aos soberanos asiaticos, como o protectorado colonial tem servido para occupar os territorios sujeitos ao dominio dos soberanos selvagens.

As tres instituições, protectorado, hinterland politico e hinterland economico, são, pois, processos de quebrar o rigor dos principios do direito internacional positivo em que hoje assenta a legitimidade da occupação, já que o protectorado dispensa a condição dum territorio *nullius* e a effectividade da posse, o hinterland politico restabelece a occupação ficticia, e a esphera de interesse pode tornar-se um meio indirecto de annexação de territorios submettidos a uma soberania regularmente organizada. Apreciando-as em face do direito internacional, diremos só, que como o protectorado deveria ser disciplinado pela exigencia duma posse effectiva, o hinterland politico não deve ser reconhecido legitimo nas relações com terceiras potencias senão até onde o defenda uma occupação effectiva, e que o hinterland economico, justo em face dos tratados, se tornará injusto quando terminar pela conquista violenta da soberania territorial.

121. IV. *Arrendamento politico*. A cessão a titulo de arrendamento, de applicação excepcional nas relações dos estados que fazem parte da communidade internacional, é de pratica frequente nas relações destes estados com os que se conservam fóra da sociedade das nações, como a obra prima e ultimo aperfeiçoamento, segundo escreve GÉRARD, dos processos de penetração colonial e de conquista pacifica disfarçada.

O conceito do arrendamento é neste caso o mesmo que já acima deixamos estabelecido — a transferencia pelo estado locador ao locatario da administração de certo territorio, por um longo prazo ou mesmo por tempo indeterminado, com o exercicio effectivo dos direitos de soberania dentro desse territorio, ficando salvo para o estado locador o direito theorico, o *nudum jus*, de soberania dentro do mesmo territorio.

Foi já mediante esta curiosa forma de arrendamento que, em 1841, a Inglaterra obteve da China direitos provisórios sobre a ilha de Hong-Kong, que o tratado de Nankim de 1842 transformou em definitivos. É porém nos últimos vinte annos que o arrendamento politico se generaliza como systema de aquisição de territorios. Assim: a 24 de maio de 1887, o sultão de Zanzibar concedeu á Inglaterra uma extensão de 10 milhas de territorio littoral, pelo periodo de 50 annos, concessão tornada perpetua em 1891; a 6 de março de 1898, a Allemanha obtem do governo chinês, pelo prazo de 99 annos, a baía de Kiau-Tchéu; a 27 do mesmo mês e anno, cede o governo chinês á Russia Porto-Arthur e Ta-Lien-Wan e mares adjacentes, pelo prazo de 25 annos, prorogavel por accordo dos signatarios, dominios cedidos pela Russia ao Japão no tratado de paz de Portsmouth de 5 de setembro de 1905; a 4 de abril do mesmo anno, transfere o governo da China á França, por 99 annos, a baía de Kuan-Tchéu-Uan; a 1 de julho ainda do mesmo anno, obtem a Inglaterra do governo chinês Wei-Hai-Wei, por um prazo igual ao da cessão de Porto-Arthur, e Kau-Lung por 99 annos; em julho de 1903, foi cedido ao governo das Indias pelo khan de Kêlat, o primeiro dos chefes das tribus do Belutchistan, uma zona de approximadamente 500 milhas quadradas ao longo da fronteira de Upper Sind, e 250 milhas quadradas ao norte de Naisarabad.

Em todos estes casos de arrendamento politico ha, expressa ou subintendida, a reserva do direito de soberania do estado cedente, a não ser na cessão feita pelo khan de Kêlat ao governo das Indias, em que o cedente renunciou de modo perpetuo aos seus direitos de soberania nos territorios cedidos, a troco de determinada renda annual, o que dá a esta cessão o character duma especie de *aforamento politico*. Semelhante reserva é, porém, meramente nominal, passando realmente para o cessionario todos os direitos de soberania. O locatario considera o

territorio como exclusivamente seu e exerce sobre elle um poder sem limites para fins tanto pacificos como guerreiros. É caracteristico o que acaba de acontecer com Porto-Arthur, que, sob o pleno dominio russo durante a paz, como territorio russo foi tratado durante a guerra e como territorio russo foi cedido ao Japão no tratado de paz de 1905. A China continua com a sua soberania, mas Porto-Arthur é agora de facto japonês, como dantes fora russo.

Tambem ao arrendamento politico se suppõe inherente a clausula de restituição, mas ainda semelhante clausula representa um disfarce. A restituição ou se estabelece para um prazo, relativamente, curto prorogavel, ou se fixa para o termo extremamente afastado de 99 annos, ou se deixa para uma epoca indeterminada, como era na cessão entre o Congo e a Inglaterra e é na cessão entre os Estados Unidos e Cuba, o que bem mostra o proposito de não a realizar. Alem disso, não se determinam as condições em que deverá effectuar-se, e estabelece-se por vezes o direito de o locatario exigir do locador, no caso de restituição, a indemnização das despesas feitas no territorio e de lhe ceder outro territorio tambem vantajoso, o que tudo indica que o arrendamento politico não passa duma cessão definitiva. Aos encargos da restituição, o locador preferirá por certo o abandono formal do territorio. E, de resto, o destino dos territorios pseudo-arrendados transparece claramente da cessão definitiva de Hong-Kong, da transformação em perpetua da cessão feita pelo sultão de Zanzibar á Inglaterra, e da renuncia perpetua do khan de Kêlat aos direitos de soberania sobre os territorios cedidos ao governo das Indias.

Ainda pelo arrendamento politico, está o locatario privado da alienação da soberania nominal do locador, mas não o está da alienação da sua soberania de facto, como acaba de demonstrá-lo a cedencia ao Japão de Porto-Arthur.

E tão convencidos estão os estados do character definitivo da

transmissão da soberania no arrendamento politico, que, ao mesmo tempo que semelhante processo se ia generalizando, lhe foi contraposto outro — os pactos de não-alienação, destinados a evitar a cessão a titulo de arrendamento ou a qualquer outro titulo dos territorios a que algum dos pactuantes tenha ligados os seus direitos ou interesses ¹.

122. V. *Pactos de não alienação*. Em face do tratado anglo-congolês de arrendamento politico reciproco de 12 de maio de 1894, a França não se limitou a levantar difficuldades á execução desse tratado, concorrendo para a sua suspensão, mas, logo a 5 de fevereiro de 1895, concluiu com a Belgica um tratado pelo qual este país se obrigou a não alienar a titulo gratuito qualquer parte do territorio do Congo. O procedimento da França em face do Congo foi imitado pelas potencias europeias e pelo Japão em face da China, para evitar que, a titulo de arrendamento ou por outra forma, o governo chinês alienasse os territorios pretendidos por aquelles estados. Com effeito: por tratado de 10 de março de 1898, obriga-se a China com a Inglaterra a não alienar a qualquer potencia, a titulo de arrendamento ou por qualquer outro modo, porção alguma do valle do Yang-tsé-kiang; por tratado de 5 de abril do mesmo anno, obriga-se com a França a não alienar qualquer posição da ilha de Hainan nem das provincias limitrophes do Tonkim: Yunnan, Kuang-si e Kuang-tung; e egualmente se obrigou com o Japão a não alienar a provincia de Tu-kien.

Os pactos de não-alienação são na appaencia pactos meramente negativos, que não concedem vantagem alguma aos signatarios e apenas estipulam desvantagens para os não signa-

¹ WESTAKLE, *International law*, pag. 133; LAPRADELLE, *Rev. cit.*, pag. 513; NYS, *ob. cit.*, pag. 101; *R. D. I. P.*, I, pag. 374, II, pag. 545, VI, pag. 118, XI, pag. 87, e *Documents*, pag. 20, e XII, pagg. 10 e segg.

tarios. É evidentemente esse um dos seus effeitos, tendo, por exemplo, os pactos de não-alienação com a China evitado a divisão disfarçada do celeste imperio sob a forma de arrendamento politico. Com elles conseguiu-se manter parcialmente a integridade da China, como com o tratado de Paris de 1856 se conseguiu manter em parte a integridade do imperio Ottomano.

Contudo, os pactos de não alienação tõem ainda uma significação positiva. Não só algumas potencias tõem sustentado que as declarações de inalienabilidade fazem nascer um direito de prioridade quanto á exploração de minas ou á exploração commercial no territorio respectivo, mas vae-se manifestando a doutrina de que, na hypothese de o territorio se não manter em poder do estado que declarou a sua inalienabilidade, o pactuante que provocou tal declaração tem direito de preferencia para a aquisição do mesmo territorio. Segundo semelhantes principios, os pactos de não-alienação representarão, de principio, um privilegio economico, e, de futuro, um privilegio de occupação politica. E, deste modo, os pactos de não-alienação serão um meio de os estados civilizados impedirem a expansão de estados rivaes em territorios que elles mesmos ambicionem e um processo de preparar um monopolio de posse futura ¹.

123. VI. Zonas neutras. Costuma chamar-se zona neutra a um territorio que dois estados se obrigam a respeitar como *autonomo*, não exercendo ali direitos de soberania alem da necessaria acção policial, com o fim de separar mais completamente do que por uma simples demarcação linear as suas tendencias de conquista ou para melhor garantir a sua segurança interna com o alargamento da acção policial da fronteira.

¹ WESTLAKE, *International law*, pag. 132; LAPRADELLE, *Rev. cit.*, pag. 515; NYS, *ob cit.*, pag. 102.

Um exemplo frisante de zona neutra apparece na convenção de 12 de abril de 1882 entre o rei de Cambodge e o governador da Cochinchina, a qual, com o fim de garantir nos dois paizes a segurança frequentemente perturbada por ladrões e contrabandistas de munições de guerra e de opium que passavam dum territorio para o outro para fugir ao justo castigo, creou de cada lado da fronteira uma zona de 8 kilometros, dentro da qual as auctoridades francesas e cambodgianas tõem competencia para proceder á prisão dos auctores de delictos commettidos dentro do seu territorio, sob a condição de informarem o administrador francês ou o mandarim dentro de vinte e quatro horas.

A zona neutra, quando estabelecida entre dois estados fortes, para moderar as suas tendencias de expansão, é constituída por territorios dos dois estados e terá naturalmente o destino que esses estados accordem em dar-lhe. Quando, porém, estabelecida por imposição dum estado forte a um estado fraco, pode ser constituída simplesmente á custa do estado fraco, e tem representado frequentemente o meio de o estado mais forte exercer exclusivamente direitos de soberania dentro do territorio ficticiamente autonomo, de intervir nos negocios do estado vizinho, de continuar, em summa, a sua obra de conquista e de assimilação. A zona neutra entra assim no numero dos processos indirectos de adquirir a soberania territorial ¹.

¹ POUVOURVILLE, *Les flections internationales en Extrême-Orient*, na *R. D. I. P.*, vi, pag. 122; NYS, *ob. cit.*, pag. 102.

§ III

Perda e restricções da soberania territorial ¹

SUMMARY: — 124. Factos productores da perda da soberania territorial. — 125. Restricções da soberania territorial. Indicações geraes. Consoberania. Exemplificação e tendencias. — 126. Neutralidade territorial. Especies, caracter e effeitos. — 127. Servidões internacionaes. Noção e especies.

124. A soberania territorial dum estado pode extinguir-se por factos physicos ou por factos juridicos. Os factos physicos são as grandes catastrophes que destroem ou inutilizam o territorio nacional, como as grandes inundações dos seculos XV e XVI que devastaram os Países Baixos. Os factos juridicos são todos aquelles pelos quaes o territorio assume a condição de *nullius* ou passa do dominio dum para o dominio doutro estado ou já existente ou novamente constituido nesse territorio, como o abandono, a cessão directa ou indirecta, em certo modo o protectorado colonial e o *interland* economico, bem como a separação ou constituição em estados independentes das provincias ou colonias do estado.

Já temos conhecimento de todos estes factos e, por agora, apenas lembraremos que, apesar da deminuição do territorio, o estado conserva a sua personalidiae internacional com os direitos e obrigações anteriormente constituidos, á excepção dos que naturalmente se extinguem com a destruição ou aban-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 473 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 179 e segg. e 191; DESPAGNET, *ob. cit.*, n.º 141, 145 e 146 bis; RIVIER, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 162 e segg., 217 e segg., e 296 e segg.; PRÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 339 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 412 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 271 e segg.; etc.

dono do territorio ou que devem acompanhar este na sua passagem para o novo estado, e que, no caso de cessão directa, se produzem os effeitos que deixamos apontados relativamente á constituição politica, á legislação, aos tratados, á divida publica e aos bens e creditos do estado na hypothese de desmembramento parcial seguido de annexação.

125. Mas o direito da soberania territorial, em vez de transferido temporaria ou definitivamente e directa ou indirectamente, pode apenas ser restringido e limitado no seu exercicio, conservando-se na posse do seu antigo titular.

As fórmãs de restricção tẽem variado na historia politica dos povos, segundo o conceito formado ácerca da soberania e das condições do seu exercicio. Aquellas de que hoje se encontram exemplos nas relações internacionaes são a *consoberania*, a *neutralidade territorial* e principalmente as chamadas *servidões internacionaes*.

a) *Consoberania*. A consoberania dá-se quando um determinado territorio pertence indivisamente a dois ou mais estados. Esta situação de condominio de estados tem-se verificado bastantes vezes nos tempos modernos e ainda hoje encontramos na Europa um exemplo bem frisante. É o que offerece o districto mineiro de Moresnet, o qual, porque a Prussia e os Países Baixos não puderam chegar a accordo sobre a fixação de fronteiras nos tratados de limites de 31 de maio de 1815 e 26 de junho de 1816 quanto á sua attribuição a um dos estados limitrophes, ficou pertencendo em commum aos dois estados e, depois da separação da Belgica, a este país e á Prussia, conservando-se ainda ao presente nessa situação. Os habitantes de Moresnet não estão sujeitos ao serviço militar de nenhum dos países, podem dirigir-se á sua escolha aos tribunaes belgas ou prussianos, e a força publica de ambos os países soberanos pode proceder livremente no districto para

praticar actos de policia, o territorio é considerado neutro emquanto faz parte da Belgica, e nenhum dos estados o pode fortificar, pois isso equivaleria a tomar uma posse exclusiva contraria aos direitos do outro país. POLITIS resume a situação internacional do districto nestes termos¹: «O poder legislativo e regulamentar é exercido em commum; o poder judicial e o direito de policia ordinaria pertencem indistinctamente ás auctoridades dum ou do outro estado»².

O condominio de estados, pelos naturaes inconvenientes que resultam da coexistencia de duas soberanias sobre o mesmo territorio, é uma situação transitoria creada pelas circunstancias de occasião que obstam a que se delimite precisamente a esphera d'acção de dois ou mais estados e que, porisso, tende a desaparecer quando essas circunstancias se modificam.

126. *b) Neutralidade territorial.* Uma parte do territorio do estado pode, com o fim de interesse internacional, ser isento dos factos de guerra mediante um acto internacional de neutralização, sendo-lhe então dada a designação de territorio neutralizado.

Esta neutralidade pode ser temporaria ou permanente, segundo se estabelece para facilitar a realização dum acto determinado ou para subtrair uma região de modo constante ás operações de guerra. Neutraliza-se temporariamente, por exemplo, uma cidade, um logar situado em territorio dum bellige-

¹ *R. D. I. P.*, 1904, pag. 81.

² Apparece ainda um novo exemplo de consoberania no Sudan Egypcio conquistado pelo Egypto e pela Inglaterra. A convenção de 19 de janeiro de 1899 deixou aquella região sob a soberania indivisa dos dois conquistadores. A indivisão foi, porém, organizada de tal maneira, que os direitos do Egypto são mais theoreticos que effectivos. (*R. cit.*, pag. 85)

rante, para ali realizar, com toda a segurança, um congresso ou uma conferencia, e neutraliza-se permanentemente um territorio, quando o estado a que elle pertence e outras potencias convencionalmente accordam em o isentar dos actos de guerra, para servir os interesses internacionaes ou para facilitar as suas reciprocas relações. São exemplos notaveis de neutralização territorial permanente o da Saboia e o das ilhas Jonicas. O art. 92.º do acto final do congresso de Vienna de 1815 declarou que as provincias de Chablais e de Faucigny e todo o territorio da Saboia ao norte de Ugine fariam parte da neutralidade suissa, sendo mantida a neutralidade desses territorios na cessão da Saboia pela Sardenha á França em 1860, os quaes ainda hoje conservam a mesma situação. As ilhas Jonicas, postas pelo congresso de Vienna sob o protectorado da Inglaterra, foram isentas deste protectorado, unidas á Grecia e declaradas perpetuamente neutras pelo tratado assignado a 14 de novembro de 1863 entre a Austria, a França, a Inglaterra, a Prussia e a Russia, neutralidade acceita pela Grecia, embora reduzida ás ilhas de Corfú e de Paxo e suas dependencias, pelo tratado de 22 de março de 1864.

A neutralidade territorial é convencional e exige como condição o consentimento do estado sobre cujo territorio é estabelecida. Recae unicamente sobre o territorio, sobre o solo, e não exerce influencia alguma directa sobre a generalidade dos direitos do estado nem sobre a população. O seu effeito geral é pôr simplesmente o territorio que affecta fóra da acção dos actos de guerra, ficando livre áquelle estado a pratica de todos os actos que não sejam prohibidos expressamente pela respectiva convenção ou que não possam prejudicar o effeito que se pretende.

127. *Servidões internacionaes.* Estas servidões que os escriptores mais modernos chamam com rigor meras obrigações

internacionaes, pela razão verdadeira de que ellas affectam não o territorio duma nação em si mesmo, mas os direitos soberanos que o estado ali pode exercer, são constituídas pelas restricções do livre exercicio da soberania dum estado em beneficio do poder soberano doutro estado.

As servidões internacionaes, sempre constituídas pelo assentimento mutuo dos estados, expresso em tratados ou revelado por um uso firmemente estabelecido, são classificadas geralmente em *negativas* e *positivas*. Negativas quando o estado *serviente* se obriga, em proveito do estado *dominante*, a não praticar algum acto de soberania, e positivas quando o estado *serviente* se obriga a consentir que o estado *dominante* pratique actos de soberania dentro do territorio do mesmo estado *serviente*.

Das servidões negativas, que podem ter logar sempre que um estado acceite a obrigação de não fazer uso de certo direito inherente á soberania territorial, encontram-se exemplos nas relações internacionaes principalmente no que resbeita á força militar, á jurisdicção em relação a estrangeiros, e á alienação de certos territorios. Obrigações da primeira especie são todas aquellas pelas quaes os estados se compromettem: a) a não augmentar a sua força militar alem dum certo limite ou a reduzi-la em certos termos e dentro de certos prazos, como o fizeram recentemente as republicas Argentina e do Chili, que, por um tratado de 28 de maio de 1902, accordaram numa redução sensivel dos seus armamentos maritimos¹; b) a não construir fortalezas ou não crear estabelecimentos militares ou navaes em certos territorios, como o fez a Russia pelo tratado de Paris de 30 de março de 1856 (art. 83.^o) e

¹*Rivista di diritto int. et ley. comp.*, 1902, pag. 423; *R. D. I. P.*, 1903, pagg. 547 e segg.

por uma das convenções annexas a esse tratado, em que se obrigou a não fortificar as ilhas de Aland (Baltico) bem como a não manter nem crear ali estabelecimentos daquella natureza ¹; c) a não ter navios de guerra, como o tratado de Berlim de 13 de julho de 1878 (art. 29.^o) o impôs ao Montenegro ², prohibindo-lhe a posse de marinha militar, ou a não exercer a navegação militar em certas aguas, como o estabeleceram os estados signatarios do mesmo tratado, determinando (art. 52.^o) que nenhum navio de guerra poderia navegar no Danubio abaixo das Portas de Ferro, á excepção dos navios ligeiros destinados á policia fluvial e ao serviço das alfandegas. Da segunda especie são as obrigações por que um estado se compromette a isentar das suas justicas territoriaes os nacionaes dos países estrangeiros, como acontece nas relações dos estados de civilização europeia com os estados muçulmanos e com os do Extremo Oriente, á excepção do Japão, tendo os primeiros estados celebrado com os segundos e com os terceiros tratados especiaes chamados *capitulações*, em que aquella isenção é estabelecida em favor dos subditos dos estados de civilização europeia, os quaes estão sujeitos á jurisdicção dos consules destes estados. Da terceira especie, finalmente, são a obrigação assumida por Portugal com a China no tratado de 1 de dezembro de 1887 ³, em que tomou o compromisso de nunca alienar Macau sem previo accordo com o governo chinês, e todas as obrigações assumidas nos pactos de não-alienação de que acima demos noticia ⁴. DE MARTENS ainda considera, e com certa razão, como uma servidão negativa

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, xv, pag. 770.

² *Idem*, 2.^o série, III, pag. 449.

³ Carta regia de 1 de fevereiro de 1888.

⁴ LAPRADELLE, *Rev. de dr. pub. et sc. pol.*, 1902, I, pag. 515.

as restricções que se impôs a Italia na lei das garantias para assegurar ao pontifice o livre governo da Igreja.

As servidões positivas, que podem ser muito variaveis e se dão sempre que um estado se obriga a consentir no seu territorio a acção duma potencia estrangeira, consistem geralmente : a) no direito de o estado dominante praticar certos actos de governo e de administração no territorio do estado serviente, como a passagem de tropas por esse territorio, o que mutuamente se concederam a Austria e a Russia em 1833 por occasião da lucta que estas potencias sustentavam contra os revolucionarios das suas provincias polacas, bem como a construcção de alfandegas, caes de embarque, pontes, armazens e outros edificios nesse mesmo territorio, o que foi obtido pela Russia, quanto ás margens do Amour-Daria em tratados celebrados em 1873 com o khan de Khiva e com o emir de Bukharia ; b) no direito de o estado dominante se servir de vias de communicação do estado serviente, como o direito que reciprocamente se attribuiram a Suissa e o granducado de Bade pelos tratados de 27 de julho de 1852, de 9 de julho de 1867 e 29 de agosto de 1899, de transportar tropas por determinadas linhas ferreas (Bâle-Schaffhouse-Constança e Eglisau-Schaffhouse) ; c) e no direito de o estado dominante occupar um territorio do estado serviente em certas circumstancias, como o direito de occupação militar permanente da fortaleza austriaca de Piacenza concedido á Italia pelo tratado de Paris de 1817.

Embora de numero indeterminado e de alcance variavel, as servidões internacionaes nunca podem ir até destruir a independencia do estado, sendo apenas racionalmente fundadas as que se baseiam na communidade dos interesses economicos e politicos, e só vigoram emquanto prevalecem os tratados ou os usos que as tiverem constituido.

SECÇÃO. II

Territorio internacional

§ I

Rios, lagos, estreitos e canaes internacionaes ¹

SUMMARIO : — 128. Elementos componentes do territorio internacional. — 129. Formação progressiva do principio de livre navegação nos rios internacionaes. — 130. Principios geraes do direito regulador da navegação fluvial internacional. Sua applicação aos lagos internacionaes. — 131. O direito de navegação nos estreitos e canaes internacionaes. Regimen juridico convencional do canal de Suez e do futuro canal de Panamá.

128. O trabalho de cooperação da sociedade internacional realiza-se num campo de acção commum em que os estados civilizados conjugam ordenadamente o exercicio da sue actividade e a que dum modo geral chamamos territorio internacional. Este territorio forma-se, segundo vimos, de dois elementos, o territorio de cada nação, em que a actividade internacional é exercida mediante uma limitação *consentida* da soberania dos estados, e um territorio *livre*, em que todos os povos exercem por *direito proprio* uma acção mais ou menos pronunciada, que constitue propriamente o *territorio internacional*.

¹DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 507 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 277 e 287 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 495 e 505 e segg.; RIVIER, *ob. e vol. cit.*, pagg. 221 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, §§ 325 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, vol. II, pagg. 232 e segg.; NYS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 109 e segg.; WESTLAKE, *International law*, pagg. 142 e segg.; etc.

O primeiro elemento do campo de acção da communitate internacional era já visivelmente revelado, por exemplo, pelo facto de cada estado se fazer representar em razão dos proprios interesses junto dos governos dos outros estados, sendo os seus representantes acompanhados de privilegios e isenções especiaes, bem como pela circumstancia de dentro dum estado funcionarem ou conselhos de estados, congressos e conferencias, para estudar e resolver questões de character internacional, ou instituições administrativas, para desempenhar serviços de interesse communs aos differentes estados, ou tribunaes arbitraes, para resolver pacificamente os conflictos internacionaes. Comtudo, a creação recente das uniões de estados com as suas instituições internacionaes, bem como a creação e a organização do tribunal da Haya por obra da conferencia da paz de 1899, vieram pôr mais em releve como o desinvolvimento progressivo daquella communitate vae *internacionalizando* o territorio de todos os estados. E a este proposito é de registrar a disposição do artigo 1.º da convenção postal de Washington de 15 de junho de 1897, onde se lê — «Os países entre os quaes é celebrada a presente convenção, bem como aquelles que a ella adherirem ulteriormente, formam, sob a denominação de União postal universal, *um só territorio postal* para a permutação reciproca de correspondencias entre as suas repartições postaes», pois que semelhante disposição, cuja ideia fundamental anda inherente a todas as uniões, bem mostra como é positivo o conceito segundo o qual fazemos do territorio de cada nação em certo modo um elemento do territorio internacional.

O segundo elemento deste territorio vamos encontrá-lo successivamente nos rios, canaes e lagos internacionaes, bem como no alto mar, onde é independente a acção de cada estado e onde são eguaes os direitos de todas as nações, e no *alto ar*, onde, á parte o direito de defesa nos termos indicados, serão

tambem attribuidos direitos eguaes a todos os estados em harmonia com o principio da *liberdade dos ares*.

129. Já acima dissemos que era hoje um principio geralmente admittido o da liberdade de navegação commercial nos rios internacionaes para todas as nações, sob a acção jurisdiccional e policial dos estados marginaes.

O principio da liberdade de navegação nos rios internacionaes é uma formação juridica relativamente recente.

O direito romano proclamou e consagrou o principio da liberdade das correntes navegaveis, podendo todo o navegador indigena aproveitá-las e explorá-las sob a salvaguarda e superintendencia do estado, mas essa liberdade não abrangia naturalmente os estrangeiros, em virtude do exclusivismo que, em geral, dominou a vida exterior de Roma.

Na idade media, os rios, de cousas de uso publico, transformaram-se em propriedade dos senhores das terras marginaes, estes exerceram successivamente em toda a sua extensão senhorio e jurisdicção, converteram-nos em fontes de receita e sujeitaram os navegadores a uma multiplicidade excessiva de direitos de portagem, de modo que as communições fluviaes se tornaram cada vez mais difficeis e as correntes navegaveis foram indirectamente fechadas ao commercio dos povos.

Veio, porém, com o tempo a natural reacção contra este systema de excessiva fiscalidade, sustentando já GROCIO o principio da liberdade de navegação pacifica nos rios internacionaes. Foi, contudo, a reacção apenas doutrinal até ao fim do seculo XVIII, pois só então os estados civilizados iniciaram o movimento de progresso que havia de abrir aquelles rios á navegação, primeiro, dos estados marginaes e, depois, de todas as nações.

O primeiro passo foi dado pelo tratado, entre os Estados

Unidos e a Inglaterra, de Paris de 1783, em cujo art. 8.º ficou assegurada a liberdade de navegação no Mississipi, em todo o seu curso, aos ingleses e aos cidadãos norte-americanos. Nove annos depois, 16 de novembro de 1792, um decreto do conselho executivo provisorio da republica franceza proclamou o principio da liberdade de navegação dos rios internacionaes para todos os estados por elles banhados ou atravessados e fez immediata applicação desse principio ao Escalda e ao Mosa; o tratado de paz da Haya de 16 de maio de 1795 estabeleceu que a navegação do Rheno, do Mosa, do Escalda e do Hondt e de todas as suas ramificações até ao mar seria livre para as nações franceza e båtava; o tratado de paz de Campo Formio de 17 de outubro de 1797 abriu a livre navegação dos rios e canaes que serviam de limites entre a França e a Austria aos nacionaes dos dois países, sem que nenhuma das duas potencias pudesse ali estabelecer direitos de portagem ou conservar navios de guerra; e o tratado entre a França e a Allemanha de 15 de agosto de 1804 determinou que o Rheno seria sempre considerado, sob o ponto de vista da navegação e do commercio, como um rio commum aos dois imperios e que a sua navegação seria submettida a regulamentos communs.

Estes factos, que de si constituíam um sensivel progresso, foram o antecedente natural de maior desinvolvimento. No congresso de Rastadt, em 1798, já os plenipotenciarios francezes formularam, embora incidentalmente, o principio da abertura do Rheno aos navios estrangeiros mediante o consentimento dos estados marginaes. Foi, porém, o tratado de Paris de 30 de maio de 1814 que, pela primeira vez, sanccionou o principio da liberdade de navegação dos rios internacionaes para todas as nações, dispondo o art. 5.º desse tratado que a navegação do Rheno, desde o ponto em que elle se torna navegavel até ao mar e reciprocamente, seria livre de tal maneira

que não pudesse ser impedida a ninguém, que no futuro congresso se estabeleceriam os principios segundo os quaes se poderiam regular, de modo mais igual e mais favoravel ao commercio de todas as nações, os direitos a cobrar pelos estados marginaes, e que, egualmente, o futuro congresso examinaria e decidiria por que forma se poderiam applicar as mesmas disposições a todos os rios que no seu curso atravessassem ou separassem differentes estados, para o effeito de facilitar as communicações entre os povos e tornar estes sempre menos estranhos uns aos outros.

Effectivamente, o congresso previsto, que foi o congresso de Vienna de 1815, tomando por base aquelle celebre artigo do tratado de 1814, consagrou o principio da liberdade de navegação dos rios internacionaes para todos os pavilhões e applicou-o desde logo, dum modo geral, ao Rheno e seus affluentes, ao Neckar, ao Main, ao Mosella, ao Mosa e ao Escalda, e estabeleceu nos artigos 108.º a 116.º do seu acto final de 9 de junho de 1815 os principios juridicos reguladores daquella navegação. O principio foi pouco e pouco applicado aos mais importantes rios internacionaes, como o Weser (1820), o Danubio (1856), o Elba (1861), o Rio da Prata (1852), o Paraná e o Uruguay (1853), o S. Lourenço (1854), o Congo (Zaire) e o Niger (1885), o Zambeze e o Chire (1891), etc., podendo dizer-se que a liberdade de navegação commercial desses rios constitue hoje uma das soluções positivas mas certas do direito internacional. E a tendencia para a garantia cada vez mais firme daquella liberdade é claramente revelada pela neutralização do Paraná e do Uruguay, do Danubio e do Congo e Niger, destinada a assegurar a navegação mesmo em tempo de guerra.

130. Verificada a constituição progressiva do direito de livre navegação dos rios internacionaes, importa determinar os

preceitos geraes reguladores desse exercicio no estado actual do direito internacional

O principio de livre navegação só se applica aos rios susceptiveis da grande navegação internacional, dando-se a navegabilidade internacional dum rio ou duma parte do seu curso quando a navegação pode ser exercida do mar regularmente. O percurso navegavel começa, pois, para os effeitos internacionaes, do lado do mar, no ponto em que as aguas do rio entram no alto mar, considerando-se a embocadura ou estuario como fazendo parte do rio, e, do lado da nascente, no ponto em que a navegação do mar deixa de ser praticavel de modo regular, ponto que é determinado precisamente por meio de convenções, sendo, por exemplo, fixado o limite da navegação do Danubio nas Portas de Ferro.

No seu percurso navegavel assim determinado, os rios internacionaes estão abertos á navegação commercial de todos os estados, marginaes ou não marginaes, quer os navios marchem do mar ou marchem para o mar, quer a navegação seja exercida por navios qua-taes, ou por barcos de qualquer lotação. O direito de navegar implica naturalmente o direito de aproveitar as margens para as necessidades da navegação, como amarrar os navios, tomar agua, etc.

Os estados marginaes, conservando os seus direitos de policia e de jurisdicção na parte dos rios internacionaes que entra no seu dominio territorial, formam, sob o ponto de vista da navegação, uma associação, uma comunidade, e devem regular de commum accordo o que respeita ás obras necessarias á regularidade da navegação, á fixação e cobrança das taxas convenientes para cobrir as despesas feitas com essas obras e as despesas de pilotagem, bem como á policia da navegação, e devem proceder sempre de modo, que o regimen de cada rio seja o mais uniforme possivel em todo o seu percurso de navegabilidade internacional e tal, que não represente

um obstaculo á livre navegação commercial, nem estabeleça differenças de especie alguma entre os navios dos diversos estados.

Ao regular o regimen dos rios que os banham ou atravessam, não podem os estados marginaes estabelecer direitos de portagem, ou direitos referentes á navegação considerada em si mesma, sendo apenas auctorizados a cobrar taxas que representem a remuneração das obras feitas e dos serviços realizados no interesse da navegação.

Cada um dos estados marginaes deve encarregar-se, em harmonia com as deliberações communs, das obras e serviços necessarios á navegação no espaço em que o rio atravessa ou banha o seu territorio ¹.

Em caso de guerra entre os estados ribeirinhos, deve ser mantida o mais possivel a liberdade de navegação, o que se obtem declarando neutros, isto é, inviolaveis e subtraídos aos effeitos de guerra, os rios marginaes aos estados belligerantes, ou de modo permanente, como já se fez para o Paraná Uruguay, Danubio, Congo e Niger, ou no principio duma guerra e para todo o tempo da sua duração ².

Os principios reguladores da navegação nos rios internacionaes são applicaveis aos lagos navegaveis do mar e cercados pelo territorio de varios estados. Os lagos que revestem taes

¹ Acto final do congresso de Vienna, de 9 de junho de 1815, artt. 108.º a 116.º (BORGES DE CASTRO, *Collecção de Tratados*, tom. v, pagg. 185 e segg.).

² Para o effeito de bem disciplinar o regimen juridico da liberdade de navegação nos rios internacionaes, votou o Instituto de direito internacional, na sessão de Heidelberg de 1887, um regulamento dessa navegação, proposto por DE MARTENS, em que são desinvolvidos os principios formulados pelo congresso de Vienna. (*Annuaire, Tableau général*, pagg. 148 e segg.).

condições têm a natureza de internacionaes, e, como *rios alargados*, estão sujeitos ao mesmo regimen juridico que as correntes navegaveis que atravessam ou banham o territorio de varios estados, sendo ahi livre a navegação commercial para todos os pavilhões.

131. Semelhante ao dos rios internacionaes, é o caracter dos estreitos que, ligando mares abertos, se encontram em toda a sua extensão sob o dominio jurisdiccional dum ou mais estados. É livre através delles a passagem dos navios militares ou mercantes de todas as nações, não devendo os estados marginaes perceber quaesquer direitos de portagem, embora possam exigir uma indemnização conveniente pelas despesas de illuminação e quaesquer outras que tenham por fim a segurança ou a commodidade da navegação.

Ha em relação aos estreitos, como acontece com os rios internacionaes, a tendencia para ahi garantir cada vez melhor a liberdade de navegação, dando-se convencionalmente a alguns uma condição que se aproxima da neutralização. Tal é o estreito de Magalhães, em cujas margens, por tratado concluído entre o Chili e a Argentina a 23 de julho de 1881, não podem levantar-se fortificações nem obras de defesa militar.

Ao lado dos estreitos, devem referir-se os canaes, cursos de agua artificiaes, a que, por convenção, se dê um caracter internacional, como aconteceu com o canal de Suez e como já se projecta para o canal de Panamá.

Depois de vencidas muitas difficuldades e depois de longas negociações diplomaticas, foi o regimen do canal de Suez regulado pelo tratado de Constantinopla de 29 de outubro de 1888, concluído entre a Allemanha, a Austria, a França, a Hespanha, a Inglaterra, a Italia, os Países Baixos, a Russia e a Turquia, nos termos seguintes: 1.º) o canal está aberto em todo o tempo aos navios de todos os estados; 2.º) não pode

ser posto em estado de bloqueio ; 3.º) nenhum acto de hostilidade pode ser praticado nas suas aguas, nem nos seus portos de accesso, nem num raio de tres millhas, ainda que a Turquia seja um dos belligerantes ; 4.º) os navios de guerra dos estados belligerantes devem passar o canal mais rapidamente possivel e, salvo no caso de arribada forçada, não podem demorar-se em Port-Said ou na enseada de Suez mais de vinte e quatro horas ; 5.º) deve decorrer o intervallo minimo de vinte e quatro horas entre a passagem de dois navios inimigos ; 6.º) os belligerantes não podem desembarcar nem embarcar tropas ou material de guerra no canal ou nos seus portos de accesso ; 7.º) os navios de guerra não podem, em tempo algum, estacionar no canal e só os estados não belligerantes podem ter o maximo de dois estacionarios nos portos de accesso ; 8.º) o canal de agua doce é posto sob as mesmas garantias que o canal maritimo, assim como o material dos dois canaes ; 9.º) o Sultão e o Khediva podem tomar todas as medidas de policia geral, contanto que respeitem a liberdade de navegação ¹. O canal de Suez tem assim um character internacional e está *quasi neutralizado*, não se tendo conseguido a sua franca neutralização pelo facto de, em tal caso, poder ser fechado aos navios de guerra dos belligerantes, o que era evidentemente contrario aos interesses dos estados que tẽem possessões no Extremo Oriente.

No tratado de 18 de novembro de 1903, pelo qual a Republica do Panamá concedeu, segundo dissemos, aos Estados Unidos o monopolio da construcção, conservação e exploração dum canal interoceanico através do isthmo de Panamá, declararam (art. 18.º) as partes contractantes que o canal e as suas entradas serão perpetuamente neutros e abertos em conformidade com todas as estipulações do tratado concluido entre os

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, xv, pag. 557 e segg.

Estados Unidos e a Inglaterra a 18 de novembro de 1901, tambem relativo á abertura e condição juridica do canal interoceanico. Ora o artigo 3.º do tratado de 1901 dizia expressamente que os Estados Unidos adoptavam, como base da neutralização do canal, as regras contidas na convenção de Constantinopla de 1888 relativas á navegação do canal de Suez, isto é (enumerando): 1.º o canal seria livre e aberto aos navios de commercio e de guerra de todas as nacionalidades segundo um principio de inteira egualdade; 2.º o canal nunca seria bloqueado e nenhum direito de guerra seria exercido ou acto de hostilidade praticado dentro dos seus limites; 3.º os navios de guerra de qualquer belligerante não poderiam reabastecer-se senão do estrictamente necessario, deveriam atravessar o canal com a menor demora possivel, não poderiam embarcar ou desembarcar tropas, munições ou materiaes de character militar, a não ser quando houvesse impedimento no transito, e deveriam guardar na sua passagem o intervallo de 24 horas; 4.º as mesmas regras seriam applicaveis ás aguas adjacentes ao canal numa zona de tres milhas nauticas a partir de cada uma das extremidades. Vê-se, pois, que o canal de Panamá terá tambem um character internacional e será aberto á navegação commercial e militar de todos os estados. A policia do canal e a defesa da sua *quasi neutralidade* e da liberdade de navegação pertencerão, não á Republica do Panamá, mas aos Estados Unidos (artt. 3.º e 18.º) ¹.

¹ R. D. I. P., 1903, pag. 59, e 1994, pagg. 481 e segg., 567 e segg.; e Documents, pag. 22.

§ II

O alto mar¹ e o alto ar

SUMMARIO: — 132. O principio da liberdade dos mares: sua formação historica e seu fundamento. — 133. Consequencias geraes do principio da liberdade dos mares. — 134. Direito de navegação. Nacionalidade dos navios. — 135. Prova da nacionalidade dos navios. — 136. Condição juridica internacional dos navios no alto mar e nas aguas territoriaes. — 137. Regulamentação internacional do direito de navegação. — 138. Direito de pesca. Sua regulamentação por meio de usos e convenções internacionaes. — 139. Direito de estabelecer cabos submarinos. Protecção destes cabos em tempo de paz e em tempo de guerra. — 140. O direito de usar a telegraphia sem fios no alto mar. — 141. Policia dos mares: reconhecimento da nacionalidade dos navios, direito de visita e repressão da pirataria. — 142. O dever de assistencia nos perigos do mar. Attribuição e natureza deste dever. — 143. Cerimonial maritimo. Sua importancia e principios reguladores. — 144. Principio da liberdade dos arcs e suas consequencias juridicas. Navegação, policia, assistencia e cerimonial aérios.

132. O alto mar é formado por toda a extensão das aguas dos oceanos ou dos mares não attingida pelo dominio juris-

¹ Sr. JOSÉ A. MOREIRA D'ALMEIDA, *Elementos de direito internacional publico*, Lisboa, 1892, pag. 145 a 211; CARLOS TESTA, *Direito internacional maritimo*, Lisboa, 1899; Sr. Dr. P. MARTINS, *Da competencia penal internacional*, Coimbra, 1902, pagg. 81 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 491 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 329 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 234 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 477; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 385 e 556; BLUNTSCHLI, *ob. cit.*, §§ 304 e segg.; FIORE, *Diritto int. codificato*, artt. 816 e seg; *Annuaire de l'Institut de droit international*,

dicional dos estados marginaes determinado segundo os principios que deixamos expostos.

É hoje um axioma em direito internacional positivo o principio da liberdade do alto mar, não podendo estado algum attribuir-se a propriedade, o imperio ou a jurisdicção das suas aguas nem impôr ahi as suas leis aos outros estados. Todas as nações tẽem direitos eguaes no alto mar, tanto para aproveitar as suas utilidades como para praticar livremente a navegação, não obedecendo os navios que se encontram em pleno mar senão ao estado do seu pavilhão.

Foi, porém, o principio da liberdade dos mares, reconhecido apenas numa phase já avançada da idade moderna.

Embora os jurisconsultas romanos negassem a possibilidade da appropriação do mar, de facto, Roma dominou com as suas esquadras o Mediterraneo e o canal da Mancha, o principio do dominio exclusivo dos mares atravessou toda a idade média, prevaleceu ainda nos tempos posteriores e só nos fins do seculo XVIII a doutrina e a pratica dos estados reconheceram definitivamente o principio da liberdade dos mares.

Na idade media os imperadores romanos da Allemanha intitulavam-se reis do Oceano e, ainda na idade media ou já nos tempos modernos, os estados navegadores attribuiam-se a propriedade de certos mares, perseguiram e apresavam os navios estrangeiros que ahi navegavam, exigiam delles a saudação maritima como signal de submissão, obrigavam-nos a pagar direitos de navegação e arrogavam-se sobre elles direitos de jurisdicção. Era assim que Veneza se attribuia o mar Adriatico, Genova o mar da Liguria, a Hespanha o golfo do Me-

vol. 16, pagg. 186 e segg., e vol. 17, pag. 231 e segg.; VERNEAUX, *L'industrie des transports maritimes*, 1903, I, pagg. 180 e segg.; WESTLAKE, *ob. cit.*, pagg. 160 e segg.; NYS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 132 e segg.

xico e o Pacifico, Portugal grande parte do Atlantico e do mar das Indias, a Inglaterra os mares que cercam o Reino Unido e o mar do Norte, a Dinamarca e a Suecia o mar Baltico, e a Turquia o mar Negro.

Esta pretensão do dominio exclusivo dos mares foi contrariada por uma forte corrente doutrinal no sentido da sua liberdade, a qual, apoiada por alguns estados, venceu os espiritos e obteve, afinal, universal acceitação nas theorias scientificas e na pratica internacional. Já no seculo XIV Ubaldo e no seculo XVI Everardo tinham defendido o principio da liberdade dos mares, sendo, porém, GROCIO que, no seu livro *Mare liberum*, publicado em 1609, deu áquelle principio uma consagração scientifica. A doutrina de GROCIO foi impugnada por ALBERICO GENTILI na sua *Advocatio hispanica*, publicada em 1613, por WELWOOD no tratado *De dominio maris*, publicado em 1615, principalmente por SELDEN, na obra *Mare clausum*, acabada em 1618 e publicada em 1635, e ainda por um portuguez, Fr. SERAPHIM DE FREITAS, no livro *De justo imperio lusitanorum asiatico adversus Grotii Mare liberum*, publicado em 1625, mas a reacção não conseguiu abafar a nova theoria, á qual BINKERSHORK deu, no tratado *De dominio maris*, publicado em 1702, grande relevo scientifico e que posteriormente veio constituir um dos principios mais indiscutíveis do direito internacional.

Foi a Inglaterra um dos países que mais propugnaram o principio do dominio exclusivo dos mares e foi a França um daquelles que mais o impugnaram e defenderam a sua liberdade, recusando, já em 1598, Henrique IV á rainha Isabel o direito de mandar visitar pelos seus navios os navios francezes que se dirigiam para a Hespanha, oppondo-se Luis XIV a que o canal da Mancha se chamasse, como pretendia a Inglaterra, canal Britanico, dando Luis XVI a sua adhesão á liga da *neutralidade armada*, formada em 1780

pela Dinamarca, pela Suecia e pela Russia para repellir e combater as pretensões da Inglaterra, e mandando por fim a primeira Republica inscrever nos pavilhões dos seus navios de guerra a legenda: «Liberdade dos mares, egualdade de direitos para todas as nações». Pode dizer-se que este facto marca a fixação na pratica internacional do principio da liberdade dos mares.

Embora accordes os escriptores em acceptar o principio da liberdade dos mares, nem todos, porém, lhe assignalam o mesmo fundamento, dizendo uns, por exemplo, que o mar, como elemento, não pode pertencer exclusivamente a ninguem e que é, por natureza, propriedade de todas as nações, e notando outros a impossibilidade de fixar e definir exactamente em pleno mar as fronteiras entre os diversos estados. Justamente, comtudo, observa DE MARTENS que estas explicações são pouco concluentes, pois, com o aperfeiçoamento actual das forças maritimas assim como da sciencia e das machinas da guerra maritima, não ha duvida de que um estado pode occupar de facto vastas extensões do Oceano e que a linha delimitadora desta occupação poderia ser determinada com tanta exactidão como uma fronteira em terra firme.

O verdadeiro fundamento juridico da liberdade dos mares está na sua necessidade para o desinvolvimento das transacções internacionaes e deriva da ideia da communitade e da solidariedade dos interesses de todas as nações. Foi aquella liberdade estabelecida menos pela natureza do que pelo consentimento dos povos, os quaes compreenderam que o mar era o seu laço natural e que a sua liberdade assegurava a sua prosperidade e o desenvolvimento da sua situação como membros da communitade internacional. O mar é, pois, livre porque a consciencia geral se convenceu de que essa liberdade era um dos grandes factores do desenvolvimento da communitade internacional.

O principio da liberdade dos mares exclue a doutrina sustentada por certos auctores, como CUSSY, HAUTEFEUILLE, BLUNTSCHLI e PHILLIMORE, os quaes, partindo da ficção de exterritorialidade, em virtude da qual os navios da marinha militar dum estado e mesmo os navios de commercio são como que porções fluctuantes do territorio desse estado no alto mar, admittem uma occupação ou dominio temporario, por meio daquelles navios, duma porção de mar onde elles se encontrem estacionarios, formada ou pelo espaço que os navios occupam e pelo necessario para as suas manobras, ou pelo que domina o canhão dos mesmos navios, chamando-se a essa porção de mar — *territorio ou domiuiio naval*. Semelhante doutrina, incompativel com a liberdade de circulação no alto mar, inutilizaria, em grande parte, as vantagens da liberdade do oceano e seria origem de infindos conflictos internacionaes, pela fatal confusão dos territorios navaes e pelo encontro dos direitos dos seus pretensos titulares. Eguamente o mesmo principio repelle a doutrina que pretendia estabelecer em volta de cada navio uma zona determinada por uma linha de respeito ou de jurisdicção, dentro da qual os outros navios deviam, em regra, evitar a ontrada, já que, em nome da liberdade do mar, todo o navio deve ter o direito de o aproveitar, uma vez que respeite o exercicio do mesmo direito por parte dos outros.

133. O principio da liberdade dos mares é fecundo de consequencias juridicas e praticas extremamente importantes. Delle derivam para todos os estados direitos eguaes relativamente ao uso e aproveitamento dos mares e deriva que nenhum estado pode sujeitar ás suas leis, á sua administração, á sua policia ou á sua jurisdicção os navegadores ou os marinheiros doutros estados, devendo submissão os navios que se encontram em pleno mar apenas aós poderes do seu país.

Não é, todavia, arbitrario o exercicio dos direitos de cada estado no uso e aproveitamento dos mares. Leis nacionaes, usos e convenções internacionaes, bem como preceitos de moral e cortesia internacional vieram disciplinar successivamente esse exercicio e organizar um regimen da liberdade dos mares capaz de coordenar e harmonizar a livre actividade dos differentes estados. Procuraremos, porisso, determinar esse regimen : indicando, em primeiro lugar, os *direitos* que do principio da liberdade dos mares derivam para cada estado e o modo como elles tẽem sido regulados; investigando, em seguida, como são garantidos nos mares os direitos das nações e da humanidade e bem assim os principios da civilização, ou, o que valo o mesmo, investigando como está organizada a *policia dos mares*; referindo depois as obrigações de *assistencia* e de *defesa* que, por occasião de perigos de mar; os estados mutuamente se devem; e esboçando, por fim, os deveres de cortesia internacional que os navios dos differentes estados tẽem de cumprir por meio do *cerimonial maritimo*, para alimentar a necessaria cordealidade das relações dos estados.

134. Os principaes direitos dos estados derivados da liberdade dos mares, são: o direito de navegação, o direito de pesca e o direito de estabelecer cabos telegraphicos submarinos. Outros podem existir e serão tantos quantos os fins legitimos para que os estados possam aproveitar os mares.

I. *Direito de navegação*. Todos os povos tẽem o direito de navegar no alto mar no interesse das suas relações commerciaes e politicas.

Esse direito é exercido por meio da marinha de guerra e da marinha mercante. Para bem estabelecer a relação juridica entre um navio e o estado a que elle pertence, organizou-se a *theoria juridica da nacionalidade* dos navios, transfor-

mando-os numa especie de pessoas civis com um nome, um acto de nascimento, um domicilio e uma patria, que de prompto definam a sua origem e a lei a que obedecem.

a) *Nacionalidade dos navios.* O principio da liberdade dos mares, creando o direito de navegação para os navios de todas as potencias, torna indispensavel a determinação do país a que cada navio pertence ou a fixação da sua nacionalidade. Em primeiro lugar, é a segurança da navegação maritima que o exige. A vastidão dos mares e o facto de ali não dominar a auctoridade e jurisdicção exclusiva de estado algum, impõem a necessidade de que os navios que os atravessam se liguem a uma nação certa e determinada, que os submetta á sua soberania e os conserve sob a sua responsabilidade, para garantia do exercicio do direito de navegação de todos os estados. Depois, o proprio interesse do navio o torna necessario, para que possa, no alto mar ou nas aguas territoriaes de qualquer nação, invocar a protecção do seu estado ou dos seus representantes, se os seus direitos são desconhecidos. Finalmente, a fixação da nacionalidade dos navios ainda apparece como importante em virtude dos privilegios que, por motivos de economia ou de segurança, a maior parte dos países concedem as navios nacionaes, como o monopolio da pesca costeira, o exclusivo do commercio de cabotagem e os premios muitas vezes concedidos á marinha mercante nacional, e em razão das immunidades dispensadas aos navios estrangeiros, principalmente os navios de guerra, que se encontram nas aguas territoriaes de qualquer estado.

1.º) *Condições da nacionalidade.* Os elementos da nacionalidade dos navios variam, segundo se trata de navios de guerra ou de navios mercantes.

A nacionalidade dos navios de guerra deriva do facto de elles pertencerem á marinha militar de tal estado, de serem destinados ao seu serviço e de serem commandados por offi-

ciaes do exercito de mar. Os navios particulares fretados para um serviço publico e commandados por officiaes da marinha militar, embora não sejam rigorosamente navios de guerra, pois não pertencem ao estado nem são proprios para combate, são, comtudo, assemelhados áquelles navios, emquanto se encontram affectos ao serviço da marinha militar.

As condições de nacionalidade dos navios mercantes são livremente determinadas pela legislação de cada país, em harmonia com as circumstancias particulares em que este se encontra. Embora offereçam variantes, as legislações attendem, todavia, para a determinação da nacionalidade dos navios mercantes, principalmente a algum ou a todos os elementos seguintes: construcção e procedencia do navio, nacionalidade dos seus proprietarios, nacionalidade do capitão e officiaes de bordo e composição da equipagem. Assim, emquanto a maior parte dos estados exige o indigenato dos proprietarios do navio, as legislações italiana e austriaca limitam essa exigencia a dois terços da propriedade, e, emquanto muitas nações exigem a construcção do navio no país ou a sua aquisição em condições determinadas na lei, a nacionalidade do capitão e dos officiaes de bordo e bem assim a nacionalidade da maior parte ou da totalidade da equipagem, a legislação allemã restringe as suas exigencias á qualidade de nacionaes dos proprietarios dos navios.

Em Portugal, as condições da nacionalidade dos navios mercantes são determinadas, fundamentalmente, pelo *acto de navegação* constante do decreto de 8 de julho de 1863. Este diploma tornou a nacionalidade dos navios mercantes portuguezes dependente da convergencia dos quatro elementos acima indicados¹. De modo que, para um navio mercante ser considerado portuguez :

¹ Acto de navegação, art. 1.º

α) Deve ser de construção portuguesa ¹. Esta regra não é, porém, absoluta, pois que os navios estrangeiros são considerados portugueses para todos os efeitos, quando comprados por subditos portugueses, desde que sejam pagos os direitos de nacionalidade e se faça o registo da compra, quando legitimamente apresados ou confiscados, e quando pertencentes a companhias de navegação ou de reboques estabelecidas em Portugal e legalmente autorizadas ².

β) Deve pertencer inteiramente a portugueses ou a estrangeiros naturalizados ³. São considerados portugueses e possuídos por portugueses os navios pertencentes a companhias de navegação ou de reboques que estejam nas condições já indicadas ⁴.

γ) O capitão, pilotos, sobrecarga e contramestre, bem como dois terços da equipagem, devem ser portugueses ou estrangeiros naturalizados ⁵.

2.º) *Prova da nacionalidade*. A prova da nacionalidade também varia segundo é de guerra ou mercante o navio de que se trata.

Os navios de guerra, cuja qualidade se revela desde logo pela sua apparencia e pelo aspecto da tripulação, affirmam a sua nacionalidade pela bandeira nacional e pela flammula, que representa o signal de que um navio é commandado por um official de marinha auctorizado pela potencia a que o navio pertence ⁶. Mas, se a bandeira e a flammula são indicio da na-

¹ Acto cit., art. 2.º; Reg. geral das capitánias, etc. de 31 de dezembro de 1892, art. 58.º n.º 2.

² Acto cit., art. 3.º

³ Acto cit., art. 4.º; Reg. cit., artt. 57.º e 58.º

⁴ Acto cit., art. 6.º

⁵ Acto cit., artt. 8.º e 9.º; Reg. cit., art. 81.º, alinea a).

⁶ Ordenança geral da armada de 5 de março de 1896, artt. 29.º e segg.

cionalidade, para a prova desta, quando contestada, pode ser exigida a attestação verbal ou escripta do commandante, o qual, sob sua palavra de honra, determina a nacionalidade do navio. E devem ficar por aqui as exigencias. Os commandantes dos navios de guerra vão sempre munidos dos documentos que os investem numa commissão official e determinam o seu character e a sua qualidade, mas exigir taes documentos seria um insulto, e, porisso, só rarissimas vezes e em casos de gravissima suspeição deverão ser exigidos.

A nacionalidade dos navios mercantes prova-se juridicamente pela bandeira e pelos *papeis de bordo*.

A bandeira nacional é o signal distinctivo e aparente da nacionalidade e é o meio mais simples de a affirmar. Não se julgou, porém, sufficiente para prova da nacionalidade e estabeleceu-se a exigencia dos chamados papeis de bordo, de que todo o navio deve andar provido. O numero, natureza e fórma daquelles papeis são determinados pelas leis de cada país, segundo as exigencias de que ellas fazem depender a nacionalidade dos navios e segundo as condições que lhes parecem sufficientes para estabelecer a sua identidade. Em geral, semelhantes papeis compõem-se do titulo de propriedade do navio, dum passaporte official entregue ao seu capitão, em que lhe é permittido navegar sob o pavilhão nacional num navio determinado, e do rol ou matricula da tripulação.

O acto de navegação de 1863, depois de determinar que a nacionalidade dos navios portuguezes se prova pela bandeira e pelos papeis de bordo, dispõe que os papeis necessarios para esse effeito são o titulo de propriedade ou o registo do navio, o passaporte real e o rol ou matricula da equipagem, indicando ao mesmo tempo as formalidades e condições a que esses papeis devem satisfazer, as quaes são todas tendentes a garantir

a veracidade dos documentos e a estabelecer a identidade do navio ¹.

A differença estabelecida entre os modos de provar a nacionalidade dos navios de guerra e a dos navios mercantes deriva da propria natureza das duas ordens de navios. Os navios de guerra representam uma delegação do estado a que pertencem e são manifestação directa dos seus poderes, e, porisso, a prova da sua nacionalidade, embora exigivel, deve conter-se nos limites marcados pelo respeito devido á soberania do estado nelle directamente representada. Os navios mercantes, ao contrario, se bem que subordinados ao país a que pertencem, não são delegação sua, podem mais facilmente illudir o preceito da nacionalidade e, porisso, devem sujeitar-se a exigencias maiores na prova dessa nacionalidade.

136. b) Condição juridica internacional dos navios. 1.º) *No alto mar.* A parte do direito maritimo internacional relativa ao alto mar assenta em dois principios fundamentaes, o principio da liberdade dos maras e o principio de que cada navio deve ter uma nacionalidade, sendo ás leis, jurisdicção e auctoridades do país da sua nacionalidade que elle está subordinado. Da combinação dos dois principios resulta, dum modo geral:

α) Um estado não pode, em pleno mar, dar ordens a navios estrangeiros, limitando-se aos navios nacionaes a sua auctoridade.

β) Em tempo de paz, nenhum estado tem o direito de impedir a viagem dos navios doutra nação, nem sujeitá-los a qualquer visita ou inspecção, pois semelhantes factos, salvas raras excepções, representariam um attentado contra o direito internacional.

¹ Acto cit., artt. 10.º a 17.º; Ordenança cit., art. 42.º

γ) É pelas leis da sua nacionalidade que se regulam todos os actos praticados a bordo dum navio no alto mar.

δ) Têm exclusivamente competencia para conhecer desses actos as auctoridades e tribunaes da nação dos navios.

ε) Cada estado é responsavel para com os outros estados pelos actos illegitimos dos seus navios ou da sua equipagem.

Estas illações do principio da liberdade dos mares, na sua conjugação com a necessidade de regular a acção de cada navio, justificam, em certo modo, a ficção, geralmente acceita, segundo a qual os navios dum estado são como que porções fluctuantes do seu territorio, ficção que nada mais significa do que a subordinação á soberania do seu país das pessoas que se encontram num lugar onde não existe a soberania exclusiva de estado algum, bem como dos actos por ellas ahí realizados.

Veremos adiante quando e como os principios que determinam a condição dos navios no alto mar podem soffrer algumas restricções em nome dos interesses superiores da humanidade e da civilização.

2.^o) *Nas aguas territoriaes de estados estranhos* ¹. Desde que deixem o alto mar e entrem nas aguas territoriaes dum estado estranho, muda naturalmente a situação juridica dos navios, em razão dos direitos attribuídos aos estados maritimos sobre as aguas territoriaes para garantia da sua segurança e dos seus interesses. Em geral, devem os navios ficar sujeitos ás leis e auctoridades do estado local, bem como á jurisdicção tanto civil como criminal dos seus tribunaes. Todavia, ou por justas conveniencias da comunidade internacional, ou pelo respeito devido á soberania dos estados estranhos, ou pela falta

¹ *Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers*, adoptado pelo Instituto de direito internacional na sessão da Haya de 1898 (*Anuario*, vol. xvii, pagg. 273 e segg.).

de interesse do estado local pelos actos praticados a bordo dos navios doutro pais, são estes isentos em maior ou menor grau das leis e jurisdicções territoriaes e entregues á acção das leis e jurisdicções nacionaes. O dominio marítimo participa, em certo modo da liberdade geral dos mares, levando essa participação a tornar dependente algumas vezes a *vida jurídica* dos navios das leis e jurisdicções nacionaes, dependencia que sempre se dá quando elles se encontram no alto mar. Vejamos, pois, quaes sejam aquellas isenções relativamente, primeiro, aos navios de guerra e, depois, aos navios da marinha mercante.

a) *Navios de guerra.* A pratica internacional geral isenta os navios de guerra que entram nas aguas territoriaes dum estado estranho da jurisdicção civil e criminal deste estado, tornando-os exclusivamente dependentes das jurisdicções do pais da sua bandeira. Tudo que se passa a bordo dum navio de guerra é attribuído á competencia das leis, auctoridades e tribunaes nacionaes. Devem, é certo, os navios de guerra respeitar as leis e regulamentos locaes, principalmente no que respeita á navegação, ao estacionamento, e á policia sanitaria, podendo, em caso de contravenção ou quando perigues a segurança do estado, ser convidados ou obrigados a retirar para o mar largo, mas as auctoridades territoriaes não podem praticar actos de policia ou de jurisdicção sobre as pessoas que se encontram a bordo nem intrometer-se no que ali se passa.

Alguns escriptores pretenderam encontrar o fundamento do principio da isenção dos navios de guerra das leis e auctoridades dos estados estranhos na ficção de *exterritorialidade*, segundo a qual o navio de guerra deve ser considerado como uma continuação do territorio da sua nação e, como tal, estar sempre sujeito ás suas leis, ás suas auctoridades e aos seus tribunaes. Contudo, semelhante explicação envolve uma petição de principio, tornando-se necessario determinar o funda-

mento da ficção, pois que a exterritorialidade não passa duma palavra expressiva para designar a isenção, não contendo o motivo da sua existencia scientifica.

Mais positiva e decisiva é a justificação derivada da natureza dos navios de guerra. São estes navios representantes da auctoridade, poder e soberania do estado, e porisso se intende que devem ser subtraídos á acção das leis e auctoridades dos outros estados, por virtude do respeito devido á independencia soberana do estado que representam, da egualdade de todos os estados na ordem internacional, e das exigencias de hospitalidade que supõem a communitade dos estados e as regras de boa cortesia das nações.

Seja, porém, qual for o fundamento do principio, derivam delle estas importantes consequencias :

I. Os actos juridicos realizados a bordo dum navio de guerra são regulados pelas leis e recáem sob a acção dos tribunaes nacionaes. Comtudo, as obrigações contraídas pelas pessoas de bordo como simples particulares com pessoas estranhas á tripulação são equiparadas ás obrigações contraídas por quaesquer estrangeiros e as questões relativas a semelhantes obrigações são attribuídas ás jurisdicções competentes e submettidas ás leis applicaveis segundo as regras de direito commum.

II. As auctoridades territoriaes não podem praticar a bordo dum navio de guerra estrangeiro qualquer acto de policia ou de jurisdicção. Comtudo, os navies de guerra, embora isentos de qualquer visita policial ou alfandegaria, estão sujeitos á visita sanitaria das auctoridades locaes, para acautelar os interesses da saúde publica ¹.

III. Os crimes commettidos a bordo dum navio de guerra são submettidos ás leis e ás jurisdicções do estado por elle

¹ Reg. de 21 de janeiro de 1897, artt. 79.º e 123.º; Reg. de 24 de dezembro de 1901, art. 276.º

representado ¹. Se todavia o auctor do crime for estranho á equipagem do navio, poderá o seu commandante, se a prudente apreciação das circumstancias a isso se não oppuser, abandoná-lo ás justizas locaes, já que lhe não deve ser imposta, em principio, a obrigação de conservar a bordo criminosos estrangeiros.

Se, em vez de commettido a bordo, o crime é praticado em terra por um marinheiro da tripulação, distinguem alguns auctores entre a hypothese de o reu ter desembarcado para praticar qualquer acto relativo ao exercicio das suas funcções e a hypothese de elle se encontrar em terra com um fim diverso. No primeiro caso, intendem que prevalece a isenção, sendo facultado apenas ás auctoridades locaes levantar auto da infracção e prender o criminoso, se isso se tornar necessario, depois do que devem remetter o mesmo criminoso ao commandante para que seja julgado segundo as leis nacionaes ou as regras disciplinares do navio. No segundo, seguem que as auctoridades locaes podem processar e julgar o criminoso segundo as leis territoriaes. A doutrina mais seguida é, comtudo, que todos os delictos praticados em terra pelas pessoas pertencentes aos navios de guerra estrangeiros ficam sujeitos ás leis e jurisdicções locaes, embora seja pratica corrente nos estados maritimos applicar essa doutrina apenas no caso de crimes graves, e enviar, no caso de pequenas infracções, o delinquente para bordo, solicitando o castigo merecido. Cumpre, porém, observar, que, se o criminoso consegue evitar a perseguição das auctoridades locaes com a fuga para bordo, escapa á acção das leis e dos tribunaes territoriaes e fica sob o dominio das leis e jurisdicções nacionaes.

A isenção dos navios de guerra da acção policial dos estados estrangeiros levou a pratica internacional a reconhecer

¹ Cod. pen. port., art. 53.º, n.º 2 e § 1.º

áquelles navios o *direito de asylo*, ou a faculdade de subtrair á acção das auctoridades territoriaes os criminosos estranhos á equipagem que conseguem refugiar-se a bordo dos mesmos navios. Semelhante direito deve, porém, ser exercido com toda a prudencia e cautela e nenhum navio de guerra deverá aproveitá-lo em beneficio de malfeteiros vulgares. Só em beneficio de *criminosos* politicos, como para o effeito de proteger os vencidos numa revolução interna contra a perseguição apaixonada e exaggerada dos vencedores, elle será, em geral, justamente exercido. A justiça do seu exercicio será determinada em cada caso em harmonia com as circumstancias do crime e do criminoso e segundo as exigencias das leis da humanidade e do sentimento da dignidade nacional. Se comtudo se refugiar a bordo dum navio de guerra um criminoso commum e o commandante se recusar a entregá-lo ás auctoridades territoriaes, só pelas vias diplomaticas pode o estado local obter a sua extradição.

Aos navios de guerra são equiparados para o effeito das isenções apontadas os que trazem a bordo chefes de estado ou enviados diplomaticos e são exclusivamente destinados ao serviço de taes pessoas, e bem assim os navios que transportam tropas sob o commando de officiaes da marinha militar.

Alguns escriptores ainda approximam dos navios de guerra os navios armados em corso e os destinados ao serviço postal: Quanto aos primeiros, que serão raros, pois que a maior parte dos estados civilizados adheriu á declaração de Paris de 1856 para a suppressão do corso, intendemos, com PIÉDLIÈVRE, que elles não offerecem as mesmas garantias de honra e de dignidade que os navios de guerra, para que possam invocar as mesmas prerogativas, e quanto aos segundos, é pratica corrente que só mediante convenções podem partilhar das isenções concedidas aos navios de guerra.

β) *Navios de commercio*. Os navios de commercio que en-

tram nas aguas territoriaes dum estado estranho ficam sujeitos ás leis e jurisdicções territoriaes. Tal é o principio geral que domina a sua condição juridica e que apenas soffre as restricções que claramente derivarem dos usos estabelecidos, das convenções expressas e das leis do estado local. Só excepcionalmente, porisso, os navios de commercio estão isentos da acção da soberania local, fundando-se as excepções existentes no desinteresse do estado local por certos actos passados a bordo daquelles navios, em virtude de as necessidades da sua legitima protecção não exigirem que taes actos sejam submettidos ás suas leis e ás suas jurisdicções. As isenções geralmente admittidas são as seguintes:

I. As questões levantadas a bordo entre o capitão, os officiaes do navio e os marinheiros, especialmente as relativas a soldadas e ao cumprimento de contractos reciprocos, são da competencia das jurisdicções nacionaes, em regra das jurisdicções consulares ¹.

II. As infracções da disciplina interna dos navios são da exclusiva competencia das jurisdicções nacionaes, cabendo, porisso, ás leis de cada país determinar as auctoridades a que deve pertencer o julgamento das infracções praticadas a bordo dos navios mercantes surtos em portos estrangeiros. Entre nós, fixa a competencia o codigo penal da marinha mercante, attri-

¹ V. Regulamento consular portuguez de 24 de dezembro de 1903, art. 174.º § 2.º; convenções consulares de Portugal — com a França, de 11 de julho de 1866, art. 12, — com a Italia, de 30 de setembro de 1868, art. 13, — com a Hespanha, de 21 de fevereiro de 1870, art. 23, etc.; decretos (sobre departamentos maritimos, capitancias dos portos, etc.) de 1 de dezembro de 1892, art. 8.º, alineas *d*), *e*), *f*), e de 18 de abril de 1895, art. 7.º, alineas *d*), *e*), *f*), *g*), e regulamento (sobre o mesmo assumpto) de 1 de dezembro de 1892, artt. 8.º, n.ºs 5 e 6, 85.º e 221.º a 223.º

buindo-a ao commandante de navio do estado que se encontrè no mesmo porto, na sua falta, ao consul portuguez, na falta deste, ao mais velho dos capitães mercantes que se encontrem no mesmo porto, e por fim ao capitão no seu proprio navio; quando não haja navio do estado nem consul portuguez ou capitão mais velho que elle ¹.

III. Os crimes commettidos a bordo *entre gente da tripulação sómente e que não perturbem a tranquillidade do porto* são egualmente da competencia das jurisdicções nacionaes ².

Fóra deste caso, são exclusivamente competentes os tribunaes territoriaes para punir os crimes commettidos pelos membros da tripulação dos navios de commercio.

Os tribunaes territoriaes são egualmente competentes para julgar os crimes communs commettidos a bordo entre a gente da tripulação, quando pelo capitão ou pela auctoridade consular fôr reclamada a intervenção das auctoridades locaes.

A competencia dos tribunaes territoriaes abrange, portanto, os crimes commettidos em terra pela gente da tripulação, qualquer que seja a razão do desembarque. E, em tal caso, podem os criminosos ser presos tanto em terra como a bordo, pois que os navios de commercio não gosam em caso algum do direito de asylo, podendo a policia local dirigir-se a bordo e até perseguir e prender os delinquentes no alto mar, contanto que a perseguição comece nas aguas territoriaes, aliás só pelas vias diplomaticas poderá o governo local pedir a punição do crime ou a extradição do criminoso, se extradição puder ter logar.

A doutrina que deixamos estabelecida ácerca das isenções

¹ Código penal e disciplinar da marinha mercante portuguesa de 4 de julho de 1864, artt. 47.º e segg.; Regulamento consular, artt. 177.º e 178.º

² Código penal portuguez, lóg. cit.; Reg. consular, art. 181.º

de jurisdição disciplinar ou criminal concedida aos navios de commercio foi formulada na resolução do Conselho de Estado de França de 20 de novembro de 1806 e tem sido adoptada pela generalidade dos estados civilizados ou em tratados ou legislativamente. É contudo em sentido contrario a doutrina seguida pela Inglaterra, que, até 1878 consuetudinariamente e a partir do *bill* de 16 de agosto deste anno expressamente, torna os tribunaes locais competentes para todos os crimes praticados nas suas aguas territoriaes. Esta doutrina é com razão considerada como excessivamente rigorosa, e tanto que, tendo os Estados Unidos começado por applicar o mesmo principio, parece que a jurisprudencia norte-americana vae abandonando o seu antigo rigor e se aproxima do systema francês.

Para terminar, diremos que o principio da sujeição dos navios mercantes ás leis e jurisdições territoriaes é hoje geralmente limitado, em harmonia com as resoluções votadas pelo Instituto de direito internacional na sessão de Paris de 1894 ¹, aos dois casos de os navios entrarem nos portos ou de se demorarem nas aguas territoriaes. Quando apenas atravessarem um mar litoral, continuam sujeitos ás leis e jurisdições da sua bandeira quanto aos factos passados a bordo, uma vez que esses factos não violem os direitos e interesses do estado marginal, não perturbem a tranquillidade publica nas aguas territoriaes e não offendam os direitos ou os interesses dos nacionaes do mesmo estado marginal que não façam parte da tripulação nem pertençam ao numero dos passageiros, pois, se taes direitos ou interesses forem violados, é competente a jurisdição territorial para julgar as violações. Semelhante tendencia é, porém, logicamente contrariada pela lei inglesa de 1873, que não es-

¹ *Annuaire cit.*, vol. 12.º, pag. 151, e vol. 13.º, pag. 328.

tabelece distincção alguma entre os navios que passam e os que se demoram nas aguas territoriaes.

137. c) Regulamentação internacional do direito de navegação.

Egual para todas as nações, o direito de navegação no alto mar, além de disciplinado pela theoria da nacionalidade dos navios, tem sido já objecto de actos internacionaes, que vieram dar maior regularidade ao seu exercicio. Assim: em regulamentos internacionaes postos em vigor e successivamente substituidos por um grande numero de estados em 1 de setembro de 1880, 1 de setembro de 1884, e 1 de julho de 1897¹, foram estabelecidos preceitos para prevenir as collisões e evitar os abalroamentos entre navios que seguem o mesmo rumo ou frequentam as mesmas paragens, determinando-se o numero e côr dos pharoes que cada navio deve ter accesos durante a noite, os signaes phonicos a fazer em tempo de cerração, de dia ou de noite, e as manobras a executar para os navios se desviarem quando se encontrem no mesmo rumo ou em rumo contrario; pela convenção da Haya de 16 de novembro de 1887, a Allemanha, a Belgica, a Dinamarca, a França, a Gran-Bretanha e os Países Baixos comprometteram-se a supprimir o trafico das bebidas espirituosas entre os pescadores do mar do Norte fóra das aguas territoriaes, fazendo desaparecer as *tabernas fluctuantes*, as quaes representavam verdadeiras *officinas* de envenenamento e um elemento de ruina material e moral; pela convenção de 2 de julho de 1890, em que foi creada a União internacional para a repressão do trafico de escravos, estabeleceram as potencias o direito de apre-

¹ Vide decretos de 23 de outubro de 1879, 18 de outubro de 1880, 26 de novembro de 1884, e 30 de outubro de 1896, (SR. AMARO CONDE, *Da necessidade de regular as abalroações*, Lisboa, 1901).

samento e de visita dos navios de certa lotação e dentro de certas paragens, como um dos meios de eliminar o commercio de escravos; etc.

Além das providencias de character originariamente internacional, outras ainda, de procedencia nacional e generalizadas pela pratica uniforme ou accettazione expressa das nações civilizadas, tãem vindo disciplinar o direito de navegação, como tem acontecido com os *codigos de signaes*, promulgados pelo governo inglês, (o ultimo dos quaes foi publicado em 1899 e é devido á iniciativa do *Board of Trade*) e approvados pelos governos das nações civilizadas para uso dos seus navios de guerra ou de commercio ¹, e com as leis de muitos países que impõem aos navios de guerra e aos navios mercantes a obrigação de ir em auxilio dos navios que se encontrem em perigo de mar, obrigação que os usos e costumes tornaram internacional.

Estes factos mostram que, por accordo expresso ou tacito, os estados vão regulando cada vez melhor o direito de navegação e que tambem nos mares se procura coordenar progressivamente o principio de liberdade com o principio da communnidade internacional.

138. II. Direito de pesca. A formação do principio da liberdade dos mares produziu o principio da liberdade de pesca para todos os povos no alto mar. Em pleno mar, pois, todos os estados podem exercer de modo e em medida egual o direito de pesca e nenhum pode regular unilateral e obrigatoriamente o exercicio desse direito senão para os seus nacionaes. O con-

¹ Vide decretos de 29 de dezembro de 1868 e 23 de novembro de 1901. Este ultimo decreto mandou applicar o novo *Codig international de signaes*. de 1899, a partir do dia 1 de janeiro de 1902.

trario acontecia quando os estados se attribuiam o dominio exclusivo de certos mares, exigindo como corollario o direito exclusivo de pesca nesses mares. Hoje esse exclusivismo está reduzido ás aguas territoriaes, circumscrevendo-se muitas vezes estas para o effeito da pesca a uma zona da extensão de tres milhas maritimas.

A attribuição, todavia, de direitos eguaes aos differentes estados relativamente ao exercicio da pesca devia conduzir á convenientê regulamentação da liberdade dos mares sob esse ponto de vista, para o effeito de tornar possivel a coexistência e a realização simultanea dessa egualdade de direitos. E assim tem acontecido com effeito. Ou mediante usos e costumes ou mediante convenções internacionaes, a liberdade de pesca tem sido já regulada e continuará a sê-lo sempre melhor no sentido de harmonizar os direitos dos diversos estados.

Quanto á regulamentação provinda dos usos e costumes, lembraremos que são hoje preceitos positivos do direito internacional — que os pescadores devem exercer a sua industria de maneira que não se prejudiquem reciprocamente, que lhes é prohibido expulsarem-se mutuamente dos campos de pesca, que não podem empregar meios fraudulentos para tornar exclusivas as suas vantagens, e que se devem mutua assistencia nos casos de perigo do mar, falta de provisões, etc.

Relativamente á regulamentação convencional do direito de pesca no alto mar, têm os estados, por mais duma vez, concluído tratados para condicionar o exercicio desse direito, com o fim de garantir devidamente os seus interesses reciprocos. Entre esses tratados merecem especial referencia a convenção da Haya de 6 de maio de 1882, concluída entre a Allemanha, a Belgica, a Dinamarca, a França, a Gran-Bretanha e os Países Baixos, para regular o exercicio da pesca no mar do Norte, e o accordo assignado entre a Inglaterra e os Estados Unidos a 29 de fevereiro de 1892, para o effeito de regular a pesca das

phocas no mar de Behring. Aquella convenção, depois de ter determinado (artt. 2.º a 4.º), a esphera da sua applicação, que é fóra das aguas territoriaes, indo estas até uma distancia de tres milhas da costa, estabelece as condições de existencia e de manifestação exterior da nacionalidade dos barcos de pesca (artt. 5.º a 13.º), formula preceitos tendentes a garantir a liberdade e a segurança da pesca (artt. 14.º a 24.º), regula a vigilancia da mesma pesca, que attribue aos navios da marinha militar de qualquer dos estados contractantes, á excepção da vigilancia respeitante á execução das regras relativas ao rol da equipagem, aos engenhos de pesca e á existencia a bordo de instrumentos prohibidos, que foi reservada ao cruzadores nacionaes (artt. 26.º a 28.º), fixa as attribuições dos navios de guerra no exercicio das suas funcções policiaes e indica qual a lei a applicar ás infracções praticadas pelos pescadores e bem assim as auctoridades e tribunaes competentes para proceder a essa applicação (artt. 29.º a 37.º). Pelo tratado de 29 de fevereiro de 1892, os estados signatarios, ao mesmo tempo que submeteram á resolução arbitral a questão da pesca das phocas no mar de Behring, deram aos arbitros poderes para formular os regulamentos que deviam ser adoptados em commum pelos dois estados, fóra das suas aguas territoriaes, bem como para fixar as aguas que aquelles regulamentos deviam attingir. Os arbitros usaram effectivamente daquelles poderes, determinando os logares onde a pesca das phocas devia ser absolutamente prohibida pelos dois estados aos seus nacionaes (uma zona de 60 milhas em volta das ilhas de Pribyloff, compreendendo-se ali as aguas territoriaes), os logares onde a pesca devia ser prohibida desde o 1.º de maio até 31 de julho (no alto mar numa parte do Oceano pacifico, em que se comprehende o mar de Behring, situada a norte do grau 35 de latitude norte até aos estreitos de Behring) e as condições em que devia ser exercida no logar e no tempo não

defesos. As regras formuladas pelo tribunal arbitral de Paris foram confirmadas pelos Estados Unidos e pela Inglaterra e a elles adheriram outros estados, como Portugal, por notas trocadas a 15 e 22 de outubro de 1894 entre a nossa legação em Washington e o Department of State ¹, e a Italia, por declaração de 23 de outubro de 1894. É ainda de lembrar o tratado de commercio e navegação de Portugal com a Hespanha de 1893, o qual, fixando em 6 milhas a zona dentro da qual a pesca foi tornada exclusiva respectivamente aos pescadores de cada um dos países, prohibiu, até á distancia de 12 milhas, o emprego de parelhas, muletas ou outros apparatus de effeitos nocivos e attribuiu a ambas as partes contractantes o direito de deter os infractores até que se levante o respectivo auto, embora os devam mandar entregar dentro do prazo de oito dias á competente auctoridade do reino vizinho, para que lhes sejam applicadas as penas comminadas nas leis e regulamentos do seu país (Tratado de 1893, appenso 6.º, art. 3.º). É, pois, certo que, também em relação ao direito de pesca, existe a tendencia para coordenar a liberdade de cada estado com as exigencias da comunidade internacional.

139. III. Direito de estabelecer cabos submarinos. Uma nova consequencia recentemente derivada do principio da liberdade do alto mar foi o direito de os estados marginaes ahi poderem mergulhar e conservar cabos telegraphicos, os quaes representam um efficacissimo factor das relações interoceanicas.

Começados a usar em 1851 os cabos submarinos, depressa se multiplicou o seu numero e cedo se sentiu a necessidade de assegurar a sua conservação. De facil garantia nas aguas

¹ *Synopse de tratados*, pag. 34; MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.º série, XXI, pag. 439, e XXII, pag. 624.

territoriaes, por meio de leis particulares dos estados marginaes, exigiam os cabos submarinos, no seu necessario prolongamento pelo alto mar, uma garantia de character internacional contra a destruição ou damno provenientes de fraude ou negligencia, garantia que só podia advir dum accordo dos estados. Foram os Estados Unidos que, como particularmente interessados na segurança dos cabos submarinos, iniciaram o movimento para a regulamentação internacional da sua protecção, suggerindo em 1869 a reunião duma conferencia em Washington para deliberar sobre os meios de estabelecer essa protecção e apresentando um projecto em que os actos de destruição dos cabos em pleno mar eram equiparados a actos de pirataria. A guerra franco-prussiana de 1870 impediu o andamento do projecto, mas a questão reapareceu logo na conferencia telegraphica de Roma de 1871, foi tratada pela conferencia de Bruxellas relativa ás leis da guerra de 1874, foi largamente estudada num relatorio apresentado ao Instituto de direito internacional pelo socio RENAULT na sessão de Paris de 1878, sobre ella emittiu o Instituto, na sessão de Bruxellas de 1879, o voto de que a destruição ou deterioração dos cabos submarinos devia constituir um delicto de direito internacional, e discutiram-na a conferencia das pescarias da Haya de 1881 e o congresso dos electricistas de Paris do mesmo anno, sendo o voto deste ultimo congresso que conduziu a uma solução. O presidente do congresso, que era o ministro francês dos correios e telegraphos, provocou a reunião em Paris, em 1882, duma conferencia para deliberar sobre a situação dos cabos submarinos, a qual organizou um projecto que foi revisto por uma segunda conferencia em 1883 e transformado por uma nova conferencia na convenção de 14 de março de 1884, assignada por vinte e seis estados e successivamente aceita por muitos outros, estabelecida pelo prazo de cinco annos e com reconducção tacita annual. As potencias signatarias da convenção

esclareceram-na em declaração assignada em Paris a 1 de dezembro de 1886 e a 23 de março de 1887 e resolveram, no protocollo de encerramento, assignado a 7 de julho de 1887, que ella entrasse em vigor a contar do 1.^o de maio de 1888 ¹.

A convenção, que se applica, fóra das aguas territoriaes, a todos os cabos submarinos legalmente estabelecidos e que estão presos nos territorios, colonias ou possessões duma ou dalgumas das partes contractantes ², organiza a protecção desses cabos no alto mar,—determinando quando tẽem logar as infracções de deterioração ou de ruptura dos mesmos cabos, as quaes se verificam sempre que a deterioração ou ruptura sejam intentionaes ou provenham de negligencia culposa ³,—estabelecendo a competencia para verificar a existencia das infracções, a qual é attribuida aos navios de guerra dos estados contractantes ou aos navios por elles especialmente commissionedos para esse effeito ⁴, e a competencia para o julgamento das mesmas infracções, que é dada aos tribunaes do país a que pertence o navio a bordo do qual fôr commetida a infracção ⁵,—e pondo, por fim, a liberdade de estabelecer e conservar os cabos submarinos sob a garantia collectiva das potencias signatarias, as

¹ Portugal, que foi um dos estados signatarios da convenção de 1884, ratificou-a em Carta regia de 24 de julho de 1884, bem como ratificou a declaração de 1886 e 1887 por decreto de 21 de abril de 1887 e o protocollo de 7 de julho deste ultimo anno por decreto de 3 do mês de novembro seguinte (Vid. *Synopse de tratados*, 1901, pag. 4; *Collecção de disposições tendentes a assegurar em Portugal a execução da convenção relativa aos cabos submarinos*, Lisboa, 1888).

² Convenção de 14 de março de 1884, art. 1.^o

³ Conv. cit., artt. 2.^o 5.^o e 6.^o

⁴ Conv. cit., artt. 9.^o e 10.^o

⁵ Conv. cit., art. 8.^o

quaes se comprometteram a tomar as medidas legislativas necessarias para assegurar a execução das suas disposições ou para punir, com prisão, com multa ou com ambas estas penas, todos os que, intencional ou culposamente, deteriorarem ou cortarem os cabos ¹.

É de notar, porém, que a convenção limitou a vigencia dos seus preceitos ao tempo de paz, deixando, em tempo de guerra, toda a liberdade de acção aos estados belligerantes ². Esta regra, como nota FAUCHILLE, pode ser de perniciosos effeitos para os estados estranhos á guerra e que se servem dos cabos dum dos belligerantes. Fóra mesmo do caso da destruição dos cabos pelos belligerantes seus proprietarios, podem estes destiná-los ao uso exclusivo das suas operações e os estados neutros, que não têm cabos particulares, ficarem privados de todas as communicações realizaveis por meio desses cabos, como aconteceu em 1899 por occasião da guerra entre a Inglaterra e as republicas sul-africanas, pelo facto de a Inglaterra, á qual pertencia quasi toda a rede dos cabos submarinos, ter impedido aos estados estranhos á lucta a communicação com as suas colonias da Africa Oriental. Para evitar semelhante inconveniente, ou se torna necessario que cada estado possua uma rede sua de cabos submarinos ou que se *neutralizem* as communicações submarinas, o que poderia obter-se mediante um accordo internacional que viesse aperfeiçoar a convenção de

¹ Portugal deu cumprimento ao seu compromisso com a lei de 21 de abril de 1886, em que se determinam os meios de verificar as infracções de deterioração ou de rompimento dos cabos submarinos, as auctoridades competentes para proceder a essa verificação, as penas a applicar ás infracções, o juizo competente para as julgar, que é o do primeiro logar do territorio portuguez em que o navio ou a tripulação entrar ou o do porto a que pertença o navio, e o processo a seguir nesse julgamento.

² Conv. cit., art. 15.º

1884. Todavia, porque o primeiro recurso seria deveras penoso para a maior parte dos estados, e o segundo é considerado como um ideal de difficil realiação, tẽem os internacionalistas procurado formular regras relativas aos direitos dos belligerantes sobre os cabos submarinos em que se contenha a possivel conciliação das necessidades da guerra e das exigencias das relações internacionaes. O Instituto de direito internacional, que de ha muito vinha estudando a questão, votou na sessão de Bruxellas de 1902 as seguintes regras, que aperfeiçoam a convenção de 1884 e que para apui transcrevemos por nos parecer que ellas serão respeitadas pelos estados nas suas relações de belligerancia: a) o cabo submarino que liga dois territorios neutros é inviolavel; b) o cabo que liga os territorios de dois belligerantes ou duas partes do territorio dum dos belligerantes pode ser cortado em qualquer ponto, menos no mar territorial e nas aguas neutralizadas dependentes dum estado neutro; c) o cabo que liga o territorio neutro ao territorio dos belligerantes não pode em nenhum caso ser cortado no mar territorial ou nas aguas neutralizadas dependentes dum estado neutro; d) no alto mar não pode este cabo ser cortado senão no caso de bloqueio effectivo e nos limites da linha do bloqueio, salva a obrigação de restabelecer o cabo no mais curto prazo possivel; e) pode, porém, ser cortado no territorio e no mar territorial do inimigo até uma distancia de tres milhas da costa; f) a liberdade do o estado neutro transmittir despachos não implica a facultade de usar ou permittir o uso dos cabos para prestar auxilio a um dos belligerantes; g) as regras precedentes applicam-se indifferentemente aos cabos do estado e aos pertencentes a particulares, bem como aos cabos de propriedade inimiga ou de propriedade neutra ¹.

¹ *Annuaire*, vol. 19, pag. 331; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 705; REY, *Le ré-*

140. IV. *Direito de usar a telegraphia sem fios.* Entre os problemas que a guerra russo-japonesa veio offerecer á observação juridica, appareceu o do emprego da telegraphia sem fios e das suas consequencias no alto mar em tempo de guerra.

A telegraphia sem fios, veio estabelecer a possibilidade de os navios communicarem com as costas, mesmo quando os signaes não são visiveis, destinando-se assim a completar a telegraphia submarina, que apenas põe em communicação as costas dos territorios dos diversos estados. A invenção de MARCONI representa porisso um meio de correspondencia de acção efficaç nos progressos da navegação, cuja pratica devia naturalmente enquadrar-se no numero das consequencias do principio da liberdade dos mares. Assim aconteceu, não sendo nem podendo ser contestado o direito de em tempo de paz os navios de qualquer estado por esse processo se corresponderem com o litoral.

O conflicto pendente entre a Russia e o Japão levantou, porém, a questão da legitimidade e das consequencias do uso da telegraphia sem fios em tempo de guerra. Foi o caso que, tendo uma companhia americana, *Forest Company*, cedido um apparelho de telegraphia sem fios ao navio *Haimun*, utilizado pelo correspondente do *Times*, de Londres, o vice-rei Alexejieff declarou que, no caso de em frente das costas da península de Kwantun ou na *esphera de acção das forças navaes russas*, serem encontrados navios que tivessem a bordo correspondentes de jornaes communicando ao inimigo quaesquer esclarecimentos por meio de apparelhos aperfeçoados não previstos ainda pelas convenções, estes correspondentes seriam

seau télégraphique sous-marin, na *R. D. I. P.*, 1901, pagg. 681 e segg.; DUPUIS, *La question des cables sous-marins en temps de guerre*, na *R. cit.*, 1903. pagg. 535 e segg.

considerados como *espíões*, e os navios portadores de semelhantes apparatus capturados e retidos como presa de guerra, sendo a declaração communicada aos differentes governos e designadamente ao governo americano. Até que ponto serão legitimas semelhantes medidas?

Os belligerantes têm o direito de prohibir, dentro do seu campo de acção, os actos que possam prejudicar ou estorvar as operações da guerra e podem porisso fazer uso dos artt. 7.º e 8.º da convenção telegraphica de 1875, em que os estados signatarios se reservaram a faculdade de sustar os telegrammas privados que pareçam perigosos para a segurança do estado, bem como o direito de suspender o serviço da telegraphia internacional por um tempo indeterminado, ou em geral ou sómente em certas linhas e para certa especie de correspondencias, sob a obrigação de prevenir immediatamente todos os estados contractantes, e por seu lado os estados neutros estão inhibidos de prestar ou consentir que seja prestada assistencia a um dos belligerantes.

Sendo assim, os belligerantes podem certamente sujeitar no theatro da guerra maritima — mar litoral dos belligerantes e o alto mar não neutralizado convencionalmente — a telegraphia ambulante a todas as medidas destinadas a evitar o emprego prejudicial daquelle meio de correspondencia.

Duas ordens de medidas se lhes offerecem todavia: ou prohibir completamente a telegraphia sem fios, ou sujeitá-la a certas restricções. O principio da prohibição absoluta, que parece ser o seguido pelo ukase de Alexejieff, anteolha-se nos demasiado rigoroso como regra a estabelecer, emquanto viria impedir a applicação duma tão notavel descoberta scientifica por occasião das guerras modernas e emquanto pode ser um exaggero dispensado em relação ao fim que se tem em vista. Em verdade, a determinação do teor geral das noticias a enviar, como a prohibição de noticias criticas de dis-

posições ou de pessoas, a obrigação de apresentar os factos conformemente á verdade, etc, bem como a sujeição a censura dos respectivos despachos, seriam sufficientes para acautelar os direitos dos belligerantes. Mas, observa-se, e a observação é justa, que o principio da censura é difficil de realizar por virtude das distancias que podem separar os postos telegraphicos das auctoridades censoras, e que porisso, admittí-lo, seria tornar impossivel o emprego da telegraphia sem fios. Quando, porém, a censura não seja facilmente praticavel, poderia admittir-se, como nota KEBEDGY, um equivalente sufficientemente efficaz, como seria a obrigação de tornar conhecidos do respectivo belligerante os despachos transmittidos e a comminação de, na hypothese de transmissão dum despacho que a censura teria recusado a todos os correspondentes, punir essa transmissão apreendendo e sequestrando osapparelhos telegraphicos. Só quando semelhantes processos de defesa não parecessem sufficientes se deveria recorrer á prohibição absoluta.

Rigorosa de mais, e essa absolutamente injustificavel, é a declaração de espião, pelo ukase, do jornalista contraventor.

A *clandestinidade* é um elemento essencial do delicto de espionagem e o emprego da telegraphia sem fios não é por certo um acto clandestino. A doutrina do ukase é tão excessivamente rigorosa como a pretensão da Prussia, em 1870, de considerar como espiões os aeronautas, pretensão repudiada pela conferencia de Bruxellas de 1874 e claramente condemnada pela conferencia da Haya no artigo 29.º do regulamento annexo á convenção de 29 de julho de 1899 relativa ás leis e costumes da guerra, onde está estabelecido: «Só se considera espião o individuo que, por meios clandestinos ou pretextos falsos e dentro da zona de operações dum dos belligerantes, colha ou procure colher informações, com o intuito de as communicar ao outro belligerante.

Não se consideram, portanto, espiões... os individuos enviados em balão para transmittir despachos, e, em geral, para manter as communicações entre as diversas partes dum exercito ou dum territorio». «Os que procedem abertamente, escreve MERIGNHAC, não podem ser tratados como espiões»¹.

O problema da situação juridica da telegraphia sem fios em tempo de guerra, principalmente na sua applicação pelos correspondentes de guerra, ainda não foi, porém, convenientemente estudado, e por isso ainda se não podem apresentar as soluções que melhor conciliem os direitos dos neutros e os interesses da correspondencia telegraphica com os direitos dos belligerantes².

141. O exercicio normal dos direitos derivados do principio da liberdade dos mares exige a prevenção e a repressão de todos os delictos ou factos perturbadores que obstem á legitima realização da actividade dos differentes estados ou sejam contrarios quer aos direitos geraes da humanidade, quer aos principios da civilização contemporanea. Daqui a necessidade duma policia do alto mar. Esta policia deve tender a prevenir e a reprimir ou os factos perturbadores da vida interna de cada navio, e então o seu exercicio cabe naturalmente ao estado de que esse navio é nacional, ou os attentados que affectam os interesses geraes de todos os estados maritimos, e em tal caso pertence certamente a todos elles desinvolver uma acção commum para pôr cobro a esses attentados. No primeiro caso, o estado particularmente interessado confia aos seus navios de guerra a policia dos seus restantes navios, assim como lhes

¹ *Lois et coutumes de la guerre terrestre*, Paris, 1903.

² KEBEDGY, *La télégraphie sans fil et la guerre*, na *R. D. I.*, 1904, pag. 445; VERNEAUX, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 284 e segg.

confia a sua protecção. No segundo, o direito internacional attribue especialmente á marinha militar dos diversos estados a missão de policiar os mares, no interesse commum dos seus direitos. O conjuncto dos navios de guerra dos differentes países forma como que uma guarda de segurança marítima da sociedade internacional contra os delictos internacionaes commettidos no mar. É a cooperação na defesa dos interesses da sociedade dos estados e o logico complemento do concurso dos estados na prosecução dos seus interesses communs.

A policia *collectiva* dos mares vae-se manifestando progressivamente na prevenção e repressão daquelles actos que se oppõem ao uso e aproveitamento legitimo do mar, já della encontramos revelações claras na repressão dos delictos de pesca e na restricção do trafico de bebidas alcoolicas no mar do Norte bem como na protecção dos cabos submarinos, mas as suas manifestações principaes encontram-se no reconhecimento da nacionalidade dos navios, no direito de visita e na repressão da pirataria.

a) *Reconhecimento de nacionalidade.* Á parte a faculdade que, segundo os usos do mar e em harmonia com as indicações do cerimonial marítimo, tõem todos os navios de se approximar, para pedir ou transmittir noticias, obter informações, pedir soccorro, etc., a pratica internacional attribuiu aos navios de guerra de qualquer estado o direito de reconhecer a nacionalidade dos navios mercantes de todas as nações, sempre que esse reconhecimento lhes pareça necessario para acautelar os interesses da navegação e do commercio internacional e o legitimo aproveitamento do mar, como se, por exemplo, um navio se torna suspeito de pirataria ou de commercio de escravos, ou se suggerem duvidas ácerca da veracidade da nacionalidade indicada pela sua bandeira.

O reconhecimento de nacionalidade passa-se em geral do modo seguinte. O navio de guerra que encontra no alto mar

um navio mercante e tem motivos para proceder ao reconhecimento da sua nacionalidade, intima-o a arvorar a sua bandeira, se, por deferencia e como é de uso, elle não a arvorar espontaneamente. O aviso para semelhante effeito, fá-lo o navio de guerra içando a sua bandeira simplesmente ou acompanhando esse facto dum tiro de peça de polvora secca, para chamar a attenção do navio mercante e não lhe deixar pretexto para desculpa de inadvertencia. Içada a bandeira espontaneamente ou depois do competente aviso, pode o navio de guerra dar-se por satisfeito com essa prova de nacionalidade, ficando o navio reconhecido habilitado a seguir a sua derrota. Se, porém, o navio de guerra o chamar á fala, só depois de ter respondido convenientemente é que fica auctorizado a continuar o seu caminho. E, em geral, limitar-se-á a isto o reconhecimento.

Se o navio mercante se recusa, apesar do aviso indicado, a içar a sua bandeira, poderá o navio de guerra fazer uma intimação mais imperiosa com um tiro de bala de pontaria inoffensiva, como signal de que a demora se torna já uma suspeita e de que a recusa auctoriza medidas energicas. E, se ainda assim o navio a reconhecer não mostra a sua bandeira, ou, mostrando a, o navio reconhecedor tem fundadas suspeitas para duvidar do uso legitimo da bandeira, o navio de guerra manda a bordo do navio mercante um official encarregado de reconhecer a nacionalidade pelo exame dos papeis de bordo, o qual, comtudo, deve usar de toda a prudencia e moderação e não praticar nenhum abuso de força, assim como deve, depois de ter analysado aquelles papeis e verificado que as suspeitas eram infundadas, retirar-se immediatamente, apenas tenha dado os motivos da sua vinda. Mas, se o navio continua a recusa e resiste ao official que vae reconhecê-lo, ou se os convenientes interrogatorios e a inspecção dos papeis de bordo confirmam as suspeitas, o commandante do navio de guerra,

com prudencia, mas tambem com a indispensavel energia, tomará as providencias que julgar convenientes para exercer as suas funcções policiaes.

A prudente ponderação de todas as circumstancias e de todas as conveniencias internacionaes será sempre norma de procedimento dos navios de guerra, para que a sua acção policial se não torne um motivo de perturbação das relações entre os estados. O reconhecimento da nacionalidade é um indispensavel factor da segurança dos mares, mas não pode converter-se num meio de destruir a liberdade dos mesmos mares.

b) *Direito de visita.* Intende-se por direito de visita a faculdade de fazer a bordo dum navio investigações que vão alem duma simples verificação de nacionalidade e recaem sobre a natureza e composição da carga, sobre a quantidade das mercadorias embarcadas, sobre a sua proveniencia, sobre o seu destino, em summa, sobre circumstancias que dizem respeito á vida interna dos navios.

Em tempo de guerra, é o direito de visita concedido aos belligerantes em relação aos navios de commercio que se apresentam com a bandeira dum estado neutro, pela dupla consideração de que os navios mercantes de qualquer dos belligerantes poderiam aproveitar a bandeira neutra para escapar á captura por parte do outro e de que os neutros podem abusar da sua liberdade de commercio em beneficio dalgum dos estados combatentes. Por esses motivos, os navios de guerra dos estados belligerantes têm o direito indiscutivel de deter os navios neutros e de verificar se elles transportam contrabando de guerra, pela investigação da natureza e do destino da carga.

Em tempo de paz, o principio assente na doutrina e no costume é que o direito de visita não é reconhecido pelo direito internacional. O contrario equivaleria a tolher a liberdade de

navegação e com ella uma das manifestações capitaes da liberdade dos mares.

Este principio é, porém, limitado por uma dupla restricção, derivada quer do livre consentimento dos estados, quer da necessidade commum de reprimir a pirataria.

Podem os estados, por meio de convenções internacionaes, reconhecer unilateral ou reciprocamente o direito de visita dentro de certos limites e para certos fins, e então esse direito existe nos termos dos tratados e só para os estados contractantes. Assim o fizeram por exemplo as potencias signatarias da convenção da Haya de 6 de maio de 1882 relativamente á pesca no mar do Norte, a Inglaterra e Portugal nos tratados de Lisboa de 3 de julho de 1842¹ e de Londres de 18 de julho de 1871², para a repressão em certos logares e em certas condições do trafico de escravos, e as potencias signatarias da convenção de Bruxellas de 2 de julho de 1890, que creou a União internacional para a repressão do trafico, e onde foi reconhecido o direito de visita como um dos meios de combater o commercio de escravos, mas só para as embarcações de construcção ou apparelho *indigena*, o que dá bem pequena largueza ao exercicio daquelle direito³. Em todas as convenções o direito de visita é sempre attribuido aos navios da marinha militar das potencias signatarias.

O segundo caso de admissão excepcional do direito de visita respeita á repressão da pirataria e encontra a sua base nos usos internacionaes. A repressão da pirataria, medida ne-

¹ BORGES DE CASTRO, *Coll. cit.*, vol. VI, pagg. 374 e segg.; *Nov. Coll. de Trat.*, vol. I, pagg. 36 e segg.

² *Nova Collecção de Tratados*, vol. III, pag. 199 e segg.

³ Convenção de 2 de julho de 1890, art. 42.º

cessaria á segurança dos mares, implica o direito de examinar, sem attenção á bandeira arvorada, os navios suspeitos de transporte de piratas. Sem esse direito não poderiam os navios de guerra, encarregados da policia dos mares, exercer efficazmente a missão de proteger o commercio e a navegação maritima, desde que os piratas usassem fraudulentamente da bandeira dum estado para encobrir a sua obra de latrocinio.

c) *Pirataria*. A pirataria é o latrocinio exercido nos mares, sendo piratas os malfeitores que percorrem o mar para praticar o roubo violento e, concorrentemente, todos os attentados e crimes que facilitem ou incubram a sua empresa depradatoria, como o assassinato das victimas do roubo e a destruição dos navios roubados.

É caracteristico da pirataria o exercicio do roubo sem attenção á nacionalidade das victimas do mesmo roubo, o que a distingue nitidamente do *corso*, ou a captura, em tempo de guerra maritima, dos navios mercantes dum dos belligerantes, auctorizada pelo inimigo. O navio pirata pratica *profissionalmente* a depradação no mar, qualquer que seja o país a que pertença o navio assaltado, e o corsario é um *commissionado* dum dos estados combatentes para capturar os navios do adversario.

O navio pirata, é, assim, um navio sem nacionalidade, que percorre os mares sem uma bandeira determinada ou com uma bandeira usurpada, ou que perdeu o direito a usar a bandeira do seu país de origem, por se haver dado á pratica da pirataria.

É, porisso, a pirataria um crime que affecta o interesse de todos os estados maritimos e o pirata um criminoso que não se reputa como pertencente a estado algum para o effeito da prisão e da punição, cabendo a todas as nações o direito de o perseguir e de o castigar.

A captura dos piratas pertence obrigatoriamente aos navios de guerra dos estados maritimos, sendo a elles, como é, incumbida a policia dos mares. Os demais navegadores, e designadamente os navios de commercio, *podem* capturar os piratas e *devem*, pelo menos, denunciar aos navios de guerra o seu encontro. A perseguição dos piratas é plenamente livre no alto mar e pode ser continuada nas aguas territoriaes, sem que isso represente uma usurpação de soberania, pois se trata da pratica dum acto indiscutivelmente urgente e de interesse para todos os estados maritimos e, portanto, para aquelle mesmo em cujas aguas entra o navio pirata. Em todo o caso, a perseguição começada no alto mar e continuada nas aguas territoriaes deve cessar logo que se encontrem navios do estado marginal que possam capturar os piratas. É o meio de conciliar os direitos de soberania com os interesses geraes da comunidade internacional.

O julgamento dos piratas pertence hoje aos tribunaes de qualquer país civilizado onde o navio captor os conduza e, porisso, geralmente, aos tribunaes do país do mesmo navio captor, sendo as leis de quaesquer desses países que determinam a competencia do juizo e a fórmula do processo para aquelle julgamento, bem como as penas a applicar aos condemnados¹. Esta attribuição do julgamento dos piratas a tribunaes regularmente constituídos e mediante um processo crime regularmente organizado é uma criação moderna. Em outro tempo, eram julgados summariamente pelo captor e enforcados no *lais duma verga*. Deve, porém, notar-se que ainda hoje, em caso de força maior, quando seja perigoso para o navio captor a conservação dos piratas a bordo, pode o seu commandante ou capitão organizar um tribunal marcial, sob a sua presidencia

¹ Cod. pen. port., art. 162.º

e com os seus officiaes ou com a gente mais graduada da tripulação, e fazer justiça immediata segundo o systema tradicional.

A sentença de condemnação dos piratas determinará o destino do navio e da carga, devendo um e a outra, bem como as armas e munições, ser attribuídos em propriedade ao estado do navio captor, ficando, porém, salvos os direitos de terceiros sobre as cousas encontradas a bordo do navio pirata e podendo o mesmo estado do navio captor recompensar, se o julgar necessario e equitativo, a equipagem deste navio.

Convem ainda observar que os principios que deixamos enunciados se applicam sómente quando se trate do crime de pirataria reconhecido como tal pelo consenso unanime dos povos civilizados e não os que assim possam considerar as leis especiaes dum certo estado ou tratados particulares entre duas ou mais nações, como por vezes se tem feito relativamente ao uso duma bandeira falsa ou ao trafico de escravos, e como o fazem designadamente os Estados-Unidos, que tratam como pirataria toda a infracção commettida no mar, a qual, commettida em terra, seria punida com a pena de morte. Semelhantes declarações de pirataria só tõem valor para os estados que as fazem ou as acceitam.

142. Pela consagração do principio da liberdade dos mares, pela regulamentação internacional dos direitos que dahi derivam e pela organização progressiva da policia do oceano, asseguram, disciplinam e garantem os estados o exercicio da sua actividade no uso e aproveitamento dum elemento que para todos é util e abundante. Mas, no uso e aproveitamento do mar, estão os navegantes e marinheiros sujeitos a mil perigos que ameaçam a sua vida e fazenda e, porisso, era natural que os estados, alem de cuidar da coordenação e da defesa dos seus direitos, procurassem igualmente organizar a indispensa-

vel assistencia internacional por occasião dos sinistros marítimos, convencidos de que em parte alguma a assistencia se torna mais necessaria do que no alto mar. E, de facto, a consciencia geral sentiu esta necessidade, sendo unanimemente proclamado o principio de que os navios de qualquer estado devem auxilio, nos perigos do mar, aos navios dos outros estados, sempre que o possam fazer sem prejuizo da propria conservação. E, embora este dever pareça accentuadamente moral e por muito tempo o seu cumprimento fosse abandonado á consciencia dos navegantes, os povos civilizados têm procurado dar-lhe uma sancção juridica, ou por meio de penas impostas aos que não o cumprem, ou estabelecendo premios e recompensas para os que lhe dão cumprimento.

O caracter juridico do dever de assistencia no alto mar tem sido estabelecido em algumas convenções internacionaes, tem sido consagrado em differentes leis nacionaes e tem merecido a attenção dos congressos juridicos para o effeito de organizar efficazmente a sancção desse dever. Assim, o tratado de amizade, commercio e navegação, concluído entre a França e a Republica de Honduras a 22 de fevereiro de 1856, termina por esta clausula — «os cidadãos dos dois estados que navegarem em navios de guerra ou mercantes, ou em paquetes, prestar-se-ão, no alto mar ou nas costas, toda a especie de soccorros, em virtude da amizade que existe entre os dois paes»; a lei inglêsa de 29 de julho de 1862 e o *Merchant shipping bill* de 10 de agosto de 1872 determinam que, em caso de collisão de dois navios, os officiaes commandantes são obrigados a soccorrer-se mutuamente, sempre que o possam fazer sem perigo para os navios e equipagem, e que, no caso de não cumprirem esta obrigação, a collisão será imputada respectivamente á sua negligencia, impericia ou a qualquer outro facto repreensivel, sendo-lhes, neste caso, retirada temporaria ou definitivamente a faculdade de continuar no exer-

cicio das suas funções; o regulamento austriaco de 1 de dezembro de 1880 dispõe que os commandantes da marinha imperial e real têm o dever de prestar, em caso de perigo de mar, o auxilio e a assistência mais completa possível aos navios e aos naufragos, sem nenhuma distincção de nacionalidade; o codigo italiano da marinha mercante de 17 de outubro de 1877 determina que o capitão dum navio nacional que encontre algum navio, mesmo estrangeiro e inimigo, em perigo de perder-se, deve ir em seu soccorro e prestar-lhe toda a assistencia possível; entre nós, o Codigo penal e disciplinar da marinha mercante pune com a prisão de um a tres annos o capitão que, encontrando navio em perigo ou naufragos de qualquer nação, lhes não prestar os soccorros compatíveis com os meios de que dispuser (art. 40.^o), o Codigo de justiça da armada, de 1 de setembro de 1899, impõe a pena de demissão ao commandante que sem motivo perfeitamente justificado recusar soccorro a navio amigo ou inimigo que lh'o peça em occasião de perigo imminente (art. 144.^o), e o Codigo commercial reconhece e regula as indemnizações pelos serviços de salvação e assistencia, sob o nome de salario de salvação e assistencia, (artt. 676.^o e segg.); os congressos de direito commercial de Antuerpia, de 1885, e de Bruxellas, de 1888, procuraram formular os principios duma legislação maritima internacional sobre a assistencia, vendo a base dessa legislação numa conveniente regulamentação das indemnizações a conceder aos que prestem soccorros no mar; o *comité* maritimo internacional, que desde 1897 vem estudando problemas de direito internacional maritimo ¹, votou na sessão de Hamburgo de 1902 um projecto de tratado relativo a um direito uniforme

¹ *Journal de droit international privé*, 1898, pagg. 273 e 277; 1900, pag. 233; 1901, pag. 65; 1903, pag. 560.

sobre salvação e assistencia em que foi admittido e devidamente regulamentado o principio das indemnizações em casos de salvação e assistencia ¹, etc. Estes factos são indicio de que, na consciencia do mundo civilizado, a obrigação da assistencia no mar reveste já uma natureza juridica e revelam uma clara tendencia para lhe dar uma sancção cada vez mais efficaz sob a forma de garantia de indemnização, de imposição de penas ou de promessa de premios, podendo dizer-se que existe para os navios dos diversos estados o dever *de direito* de mutuamente se auxiliarem e socorrerem nos perigos do mar, até onde o possam fazer sem risco da propria conservação. É mais uma das muitas manifestações da solidariedade internacional que attestam o progresso juridico dos povos. Encontra-se, porém, a garantia juridica da assistencia maritima estabelecida apenas em leis nacionaes ou tratados concluidos entre dois estados, sendo, porisso, necessario, para tornar mais efficaz esta obra de justiça e de humanidade, que, num tratado geral, os estados marítimos accordem num systema commum de *assistencia obrigatoria*, passando as leis de cada estado a constituir o modo de execução nacional do systema internacional ².

143. Terminaremos estas ligeirissimas indicações ácerca das relações internacionaes no alto mar por algumas referencias á parte do *cerimonial marítimo internacional* formada pelo conjuncto de manifestações exteriores de attenção e cortesia com que ahi se saúdam os navios de differentes nações ³.

¹ *Journal cit.*, 1903, pag. 570.

² CARLOS TESTA, *ob. cit.*, pagg. 90 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. v, pagg. 1089 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pag. 352; Sr. AMARO CONDE, *ob. cit.*; Sr. ARMELIM JUNIOR, *Da assistencia e salvação marítima*, Lisboa, 1889; Sr. ALMEIDA D'EÇA, *Abalroamentos no mar*, Lisboa, 1889.

³ Ord. geral da armada, artt. 52.º e segg.

A saudação no alto mar realiza-se por diversos modos, podendo revestir, designadamente, a forma de saudação de artilharia, saudação de bandeira, saudação de velas e saudação de *passagem*. A primeira consiste numa salva de tiros de canhão, em regra de numero impar; a segunda, em arvorar, fazer fluctuar, arrear e tornar a içar a bandeira do navio; a terceira, em amainar certas velas; a quarta, em um navio se desviar do seu rumo para passar por sotavento doutro navio ou seguir uma outra direcção. Destas fórmulas de saudação, a mais usada actualmente é a salva de artilharia, como aquella que melhor concilia a independencia dos estados com o seu mutuo respeito e reciproca cortesia. A saudação de bandeira vae caíndo em desuso, sendo apenas mais ou menos empregada pelos navios mercantes. Tem-se entendido que o cumprimento de bandeira revela uma certa submissão, sendo, porisso, menos proprio para satisfazer as exigencias da cortesia internacional. A saudação de velas, que nem sempre é praticavel, torna-se de difficil uso para os navios a vapor e a saudação de passagem, por vezes igualmente impraticavel, é um signal de submissão, pelo facto de não admittir reciprocidade, o que a priva duma das qualidades fundamentaes da cortesia internacional.

Os principios que hoje dominam a doutrina do cerimonial marítimo podem reduzir-se fundamentalmente a dois: egualdade de todos os estados no que respeita ao cerimonial marítimo, não significando quaesquer distincções exteriores e de fórma, na pratica das saudações entre navios, submissão ou inferioridade dalgum dos estados a que elles pertencem; caracter de simples cortesia internacional dos preceitos relativos ao cerimonial marítimo. Se o alto mar se tornou livre para todos os estados, comprehende-se effectivamente que nenhuma nação ahi possa exigir actos de submissão das outras nações, nem tenha direito a exigir para os seus navios sauda-

ções ou demonstrações de respeito. Porisso, a omissão duma saudação marítima é considerada como mera falta de polidez internacional, que, embora em certas circumstancias possa justificar um pedido de explicações, não é, por si mesma, sufficiente para motivar um acto violento ou um conflicto internacional.

Apesar, porém, de não constituir uma obrigação juridica e de se considerar como um simples dever de cortesia internacional, a pratica do ceremonial marítimo é um meio de as nações reciprocamente se reconhecerem a sua independencia, a sua egualdade e a sua dignidade e de conservar a sua solidariiedade. É porisso que, fóra, é certo, de toda a ideia de submissão e dum dever de direito e com a possivel simplificação, os povos modernos observam o ceremonial marítimo e vão curando sempre da sua regulamentação.

O que, em geral, está estabelecido quanto á troca de saudações no alto mar é o seguinte. Se se trata de navios de guerra, as regras são: 1.º) o navio de ordem inferior salva primeiro o de ordem superior; 2.º) se ambos são da mesma categoria, salva primeiro o que navega a sotavento; 3.º) o navio isolado salva sempre primeiro uma esquadra; 4.º) uma esquadra de commandante de patente inferior ou uma esquadra auxiliar salva primeiro uma esquadra de commandante de patente superior ou uma esquadra principal; 5.º) os navios de guerra que levam a bordo soberanos, membros da familia real ou embaixadores, são saudados em primeiro logar. Quanto aos navios mercantes, embora não seja para elles de rigor a mutua saudação, saúdam-se, comtudo, entre si, sem regras de precedencia e, por deferencia, saúdam primeiro os navios de guerra.

144. O alto ar será constituído por todo o espaço atmospherico que ficar para alem da zona de defesa attribuida a

*

cada estado para a protecção dos seus direitos e legitimos interesses, e a sua situação juridica será semelhante á do alto mar, podendo, portanto, todas as nações exercer ali direitos eguaes e não sendo licito a estado algum attribuir-se a sua propriedade, o seu imperio e a sua jurisdicção nem impôr a sua auctoridade e as suas leis aos balões dos outros estados.

A tendencia da doutrina é, com effeito, no sentido de applicar ás relações aérias os principios que informam fundamentalmente as relações marítimas e, portanto, a attribuição a cada estado dum dominio aério sufficiente para garantia dos seus direitos e interesses, e o reconhecimento de direitos eguaes a todos os estados no espaço atmospherico que fique fóra do *ar territorial* das diversas nações, e portanto no sentido de informar a situação juridica do alto ar pelo principio da *liberdade dos ares*. Assim: BLUNTSCHLI¹ declara livre o espaço aério superior ao alcance effectivo do canhão; RIVIER admite um territorio aério formado pela columna de ar que cobre e domina o territorio de terra e agua, mas delimitada pelo alcance dum tiro de espingarda; FAUCHILLE proclama abertamente o principio da liberdade dos ares; e o congresso da paz, na sessão de Rouen de 1903, votou, por proposta do francês MÉRIGNHAC e do belga LA FONTAINE, a seguinte resolução: «O principio da liberdade dos ares é reconhecido como necessario, á semelhança do principio da liberdade dos mares»². Parece, pois, que tanto doutrinalmente como na pratica dos estados o principio da liberdade dos ares informará logo de começo as instituições do direito internacional aério, devendo ser tambem de começo o trabalho fundamental dos internacionalistas e dos governos a sua necessaria regulamentação.

¹ *Ob. cit.*, § 632 *bis*.

² *R. D. I. P.*, 1903, pag. 820.

Como o principio da liberdade dos mares, encontrará o principio da liberdade dos ares um fundamento positivo na ideia de communidade e de solidariedade dos interesses de todas as nações. O alto ar será um novo meio de communicação internacional, bastantemente extenso para relacionar todos os povos e bastantemente amplo para que todas as nações possam aproveitá-lo, e porisso deverá ser tambem bastantemente livre para que país nenhum seja privado do seu uso no commercio internacional. A liberdade dos ares virá até completar a liberdade dos mares, emquanto aproveitará egualmente a estados maritimos e a estados interiores, tirando em certo modo estes da inferioridade provinda da sua situação geographica.

O effeito immediato da liberdade dos ares será o direito de livre navegação aérea para todos os estados. Todos os povos terão, pois, o direito de navegar no alto ar no interesse das suas relações economicas e politicas. A attribuição, porém, da liberdade de navegação aérea a todos os estados exigirá que semelhante liberdade seja disciplinada por maneira, que se coordenem devidamente os direitos eguaes de todos os povos.

As linhas geraes do regimen do direito de navegação aérea deverão approximar-se *mutatis mutandis* das que informam o regimen do direito de navegação maritima, já que as situações se assemelham sob muitos pontos de vista, e porisso o direito internacional aéreo será em grande parte uma reproducção do direito internacional maritimo. Assim, é de primeira intuição que semelhante regimen deverá assentar: no principio da nacionalidade dos balões; na determinação da sua condição juridica internacional; na regulamentação internacional da navegação aérea; na regular organização da policia dos ares; na fixação dos deveres de assistencia aos aerostatos na atmosphaera, em terra ou no mar; finalmente, na determinação das regras

de cerimonial aério que, no seu encontro, os balões devem praticar no alto ar.

Dum modo geral, deve dizer-se que, no *alto ar*, estarão os aerostatos sujeitos as leis e jurisdicções do estado a que pertencerem ou de que dependerem, salvas as restricções necessarias á manutenção da policia dos ares, e, no *ar territorial*, deverão, em principio, os aerostatos subordinar-se á auctoridade e ás leis do estado subjacente relativamente a todos os actos que a esse estado possam interessar, salva, comtudo a distincção que deverá estabelecer-se entre balões publicos e privados, para isentar os publicos das leis e auctoridades locais, como acontece com os navios militares, e sujeitar a essas leis os balões privados sempre que o estado subjacente não possa desinteressar-se dos actos praticados a bordo.

CAPITULO III

Bases e fôrma da organização da sociedade internacional

SECÇÃO I

Direitos internacionaes dos estados

§ I

Direito de conservação¹

SUMMARIO : — 146. Direitos do estado na ordem internacional. Sua classificação geral. — 146. Direito de conservação : seu conteúdo geral. — 147. O direito de conservação como garantia da posse e aperfeiçoamento das condições da existencia nacional. — 148. O direito de conservação na sua fôrma de defesa contra as aggressões actuaes lesivas da integridade do estado. — 149. O direito de conservação como direito de segurança contra a eventualidade de aggressões futuras.

145. Aparecendo-nos a sociedade internacional sob o aspecto geral dum organismo de estados, cumpre determinar as

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 377 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 120 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 163 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 171 e segg.; LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *ob. cit.*, pagg. 105 e segg.; RIVIÉR, *ob. cit.*, pagg. 252 e segg.; PILLET, *Recherches sur les droits fondamentaux des états dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître*, *R. D. I. P.*, vol. v, pagg. 66 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 232 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 176 e segg.; etc.

bases geraes sobre que assenta a sua organização, a forma que esta reveste e o modo geral do seu funcionamento.

As bases geraes da organização determinam-se pelos direitos fundamentaes dos estados na ordem internacional, os quaes, ao mesmo tempo que indicam as condições da existencia politica dentro da sociedade das nações, deixam prever qual seja a fórma sob que se apresenta essa sociedade. Estes direitos fundamentaes dos estados na ordem internacional apparecem na doutrina com diversos nomes e sob diversas enumerações, consoante a orientação dos escriptores e segundo o ponto de vista em que elles se collocam. Nós chamar-lhes-emos direitos internacionaes dos estados e reduzi-los-emos a tres: — *direito de conservação, direito de independencia e direito de egualdade*. Estes direitos são hoje attribuidos pela consciencia geral do mundo civilizado a todos os estados, formam a lei geral do direito internacional e representam a constituição commum da moderna civilização politica. Estudá-los-emos successivamente no seu conteúdo e na sua extensão, e por esse estudo veremos como elles são indispensaveis á existencia nacional e como a sua violação deve constituir um delicto internacional e fundar um pedido justo de reparação e satisfação ao estado violador.

146. A primeira necessidade da vida do estado é, por certo, a garantia das suas condições de existencia e de desinvolvimento e, porisso, o primeiro dos direitos do estado na ordem internacional é naturalmente o *direito de conservação* ou a faculdade de manter, desinvolver e defender os elementos constitutivos da integridade nacional.

O direito de conservação manifesta-se sob a fórma de garantia da *posse e aperfeiçoamento* das condições da existencia nacional, sob a fórma de garantia da *defesa* contra as aggressões actuaes lesivas dessas condições de existencia, e sob a

fôrma de garantia da *segurança* contra a eventualidade das aggressões futuras.

147. Sob a fôrma positiva de garantia da posse e do aperfeiçoamento das condições da existencia nacional, o direito de conservação abrange, em primeiro logar, a faculdade de manter e ampliar por meios legitimos o territorio nacional, bem como de aproveitar e explorar em beneficio proprio todas as riquezas e utilidades que nelle se contêm, uma vez que não sejam violados os direitos dos outros estados.

Depois da faculdade de conservar e ampliar o territorio, abrange o direito de conservação a faculdade de promover o augmento do algarismo da população do estado. Para obter este resultado, pode o estado ir até favorecer a immigração e naturalização de estrangeiros concedendo-lhes vantagens e favores, contanto que não use de meios fraudulentos para prejudicar os estados de origem dos immigrants e dos naturalizando.

É de notar que se admite hoje, como regra geral, o direito de emigrar e de mudar de nacionalidade e que o estado, a titulo de manter ou augmentar o algarismo da sua população, não pode eliminar aquelle direito, embora possa regular o seu exercicio e torná-lo dependente do cumprimento previo de certas obrigações que pertencem aos cidadãos para com o seu país, como acontece com o serviço militar. Mas poderá, ao contrario, o estado prohibir absolutamente, em nome do seu direito de conservação, a *immigração* no seu territorio? Assim o têm entendido alguns internacionalistas classicos partidarios 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 communitate internacional veio reduzir aos seus devidos termos semelhante exclusivismo, predominando hoje a doutrina

de que os estados não podem proibir absolutamente a imigração, embora possam sujeitá-la a condições mais ou menos rigorosas, já para fazer uma certa selecção de immigrants, 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 STOERK, já não existe, na comunidade das nações, estado algum que auctoreze sem restricções a emigração dos seus cidadãos ou que a prohiba absolutamente, como não existe estado algum que repilla inteiramente a imigração dos estrangeiros ou que a conceda sem restricções»¹.

A faculdade de promover o augmento da população é completada pelo direito de educar a mesma população e dirigir a manifestação das suas actividades no sentido mais favoravel ao aperfeiçoamento da vida do estado, isto é, pelo direito de empregar todos os meios progressivos e legitimos de fazer da população um factor poderoso da prosperidade nacional.

Manifestação natural do direito de conservação é ainda a faculdade de um estado communicar livremente com os outros

¹ RIVIER, *ob. cit.*, pag. 270; MESNAUD DE SAINT-PAUL, *De l'immigration étrangère en France*, 1902, pagg. 89 e segg. Deve notar-se que alguns estados têm prohibido a imigração dos 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 imigração de trabalhadores chinezes por uma lei de 1 de outubro de 1888, que prohibia a imigração 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 imigração e submetteu a uma regulamentação severa os chinezes residentes no territorio americano, lei substituída, no que respeita aos immigrants da China, por virtude de reclamação do governo chinês, pelo tratado de 14 de março de 1894, concluído pelo periodo de dez annos a contar da data das ratificações e com reconducção tacita de dez

estados. A existencia e desinvolvimento dos modernos estados civilizados não se comprehende sem a sua mutualidade de relações de toda a ordem, como representação e negociações diplomaticas, tratados, transportes, correios, telegraphos, commercio internacional, todas as relações, em summa, que se destinam á satisfação das multiplices exigencias das actuaes sociedades. Não pode, porisso, estado algum oppor-se a que os outros se relacionem livremente e não poderá mesmo, dum modo geral, furtar-se á livre comunicação com os outros estados, se não pretende isolar-se e sair da sociedade das nações. De modo que, o direito de conservação suppõe a faculdade de livre comunicação dos estados entre si e suppõe mais em cada um delles a obrigação de aceitar relações com os outros, sob pena de deixar de fazer parte da communidade internacional, salvas sempre, intende-se, as limitações impostas pela conservação e independencia proprias.

Revelação final e complemento indispensavel do direito de conservação, sob o aspecto em que o vamos considerando, é o direito de cada estado ao respeito da sua personalidade sob o ponto de vista physico, moral, politico e civil.

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 chinezes, a Costa Rica, que por lei de 20 de julho de 1896 prohibiu a immigração dos chinezes 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 chinezes, dos turecos 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. (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).

Sob o ponto de vista physico, a personalidade do estado deve ser respeitada no que se refere á integridade do territorio, a toda a riqueza nacional considerada nos seus elementos e no seu desinvolvemento, e bem assim ao commercio internacional, devendo ser facultada a cada nação, e designadamente ás nações encravadas, a sua comunicação com as demais para o effeito da troca mutua dos seus productos agricolas ou industriaes, sem que aos estados limitrophes seja licito tributar com direitos de transito ou de alfandega o simples transporte de mercadorias, pois isso equivaleria a uma verdadeira prohibição daquellas communicações.

Sob o ponto de vista moral, tem cada estado o direito de ser respeitado na sua dignidade, na sua honra e no seu bom nome, que são outros tantos elementos da sua personalidade. Este respeito que os estados mutuamente se devem exclue todo o tratamento offensivo nas suas relações, como a recusa ao chefe ou representantes do estado das attenções devidas á sua categoria, o não reconhecimento das honras que a cada estado pertencem segundo os usos internacionaes, a inobservancia das regras do ceremonial publico que os costumes ou os tratados preceituam para as relações entre os chefes dos estados ou dos seus representantes, a falta aos preceitos da cortesia internacional, e quaesquer factos que representem despoezo manifesto das qualidades e até das glorias dum povo. De todos estes factos os estados devem abster-se, pois todos são offensivos da dignidade moral das nações.

Sob o ponto de vista politico, cabe ao estado o direito de ser respeitado, dum modo geral, na posse e exercicio da autoridade publica que lhe pertence no que respeita tanto ao governo interno da nação como á direcção das relações exteriores. Assim, os estados devem respeitar-se mutuamente: nas suas instituições politicas, que são a expressão da sua soberania, não sendo licito que o governo dum país pratique actos, ou

consinta que elles se pratiquem, que involvam offensa, desdem ou uma critica publica e aggressiva contra o regimen politico doutro país; nos seus agentes diplomaticos, que são instrumento da sua reciproca intelligencia, defensores dos seus interesses e para muitos effeitos representantes do seu poder; nos seus titulos, insignias e na sua bandeira, que são signaes da sua soberania e o symbolo da sua independencia; no seu regimen monetario, que é expressão da sua vida economica e cuja falsificação constitue uma fonte de prejuizos e perturbações; no seu regimen aduaneiro, que é o regulador da sua vida industrial e commercial, e cujas violações representam factos perturbadores da economia nacional; enfim, em todas as manifestações da vida publica que prendem com o governo e administração do estado.

Sob o ponto de vista civil, deve ser respeitada ao estado a sua personalidade juridica de direito privado no seu exercicio dentro dos outros estados, isto é, os estados devem reconhecer a personalidade civil dos estados estranhos, para o effeito de elles terem o direito de em qualquer parte adquirirem, conservarem e transmittirem a propriedade. Embora tenha sido muito discutido na doutrina e nos tribunaes se deve ser reconhecida a personalidade dos estados estrangeiros, a pratica e o costume internacional decidem-se pela affirmativa, podendo os governos celebrar contractos com os subditos dos demais estados, contrair emprestimos e até adquirir os edificios onde residem os seus embaixadores e onde se encontra a sua missão diplomatica. Todavia, porque a personalidade civil dum estado não pode predominar sobre a personalidade politica e sobre a autonomia dos outros estados, é evidente que devem ser respeitadas as leis de ordem publica dum país quando um estado estranho ahí exerça a sua individualidade juridica, e que pode ser sujeita a auctorização especial a aquisição, a titulo gratuito ou oneroso, por um estado de bens immoveis sitos no

territorio doutro estado, para acautelar devidamente os direitos de soberania.

Quando é desrespeitada a personalidade do estado em alguma das suas manifestações, pode o estado lesado ou offendido dirigir ao estado lesante ou offensor um pedido de reparação ou de satisfação, segundo se trata dum prejuizo material ou dum ataque á dignidade do estado. A satisfação variará segundo as circumstancias, podendo consistir em explicações pelas vias diplomaticas, na censura do funcionario que faltou ao respeito devido ao estado estranho, na perseguição e punição dos auctores do attentado, se este revestir um character criminoso, em summa, num procedimento adequado para desaffrontar a dignidade do estado offendido. Os estados modernos compreendem bem o respeito que é devido aos estados estranhos, consignando quasi todos nas suas legislações disposições correspondentes ás dos artigos 159.º e 160.º do nosso Codigo penal, onde são previstos e incriminados factos attentatorios da dignidade ou dos direitos das nações estrangeiras¹.

148. A garantia efficaz da manutenção e desinvolvimento das condições de existencia do estado suppõe a legitimidade

¹ Codigo penal, art. 159.º Aquelle que commetter por algum facto qualquer offensa contra uma pessoa real estrangeira, residente em Portugal, ou contra a pessoa de qualquer diplomata estrangeiro, ou de sua familia, ou violar o seu domicilio, ou os direitos de que gosa, segundo o direito publico das nações, ou offender a salvaguarda de qualquer cousa ou pessoa, ou a segurança dos refens, ou de qualquer parlamentar, ou daquelle que gosar de salvo conducto, será condemnado ao maximo da pena correspondente ao crime que commetter. Art. 160.º Aquelle que offender publicamente, por palavras, ou por escripto ou desenho publicado, ou por qualquer meio de publicação, qualquer soberano ou chefe de nação estrangeira, será condemnado a prisão correccional até seis meses e multa até um mês.

da reacção contra os ataques lesivos dessas condições. O direito de conservação envolve, porisso, o direito de *defesa* contra as aggressões que violam os elementos da integridade nacional.

A legitimidade do direito de defesa dos estados não poderá discutir-se, como se não discute o direito de legitima defesa dos individuos. A medida daquelle direito deverá ser proporcional á grandeza do ataque, podendo ir a reacção defensiva até ao limite necessario para inutilizar a aggressão. Recorrer-se-á, pois, a meios mais ou menos violentos e, em ultimo caso, á guerra, segundo as circumstancias da conjunctura, devendo, porém, ter-se sempre o maximo cuidado em não exceder os limites da legitima defesa. Tudo que for além deste limite transforma-se numa nova aggressão, que o direito internacional já não pode reconhecer.

Mas, se não é objecto de duvida a legitimidade da reacção contra as aggressões realizadas, ainda será legitima a defesa contra uma simples ameaça, como é a derivada da extensão da força armada ou de preparativos militares excessivos dum estado vizinho?

A doutrina corrente é que nenhum estado pode oppor-se ao desinvolvimento do poder militar dos outros estados. Só mediante convenções adequadas poderão os estados comprometter se a proceder ao seu desarmamento ou a reduzir progressivamente até certo limite o effectivo dos seus exercitos. Foi para conduzir os estados a celebrar um tratado geral desta natureza que o czar Nicolau II, em mensagens circulares de 24 de agosto de 1898 e 11 de janeiro de 1899, convidou as potencias, em nome da manutenção da paz geral e da economia das nações, a reunirem-se em conferencia diplomatica e discutirem, entre outros problemas, o do desarmamento geral, conferencia que effectivamente se realizou na Haya de 18 de maio a 29 de julho de 1899 e é conhecida pelo nome de *Con-*

*ferencia internacional da paz*¹, a qual tomou bastantes deliberações, mas que, relativamente ao desarmamento, se limitou a emitir no seu acto final este voto platónico: «A conferencia emite o voto de que os governos, levando em conta as propostas feitas na conferencia, estudem a possibilidade dum accordo relativo á limitação da força armada de terra e mar e dos orçamentos de guerra»². É, porém, digno de menção que a ideia do desarmamento foi já em parte applicada, como vimos a proposito das servidões internacionaes, num tratado celebrado entre a Republica Argentina e o Chili, em que os dois estados procederam a uma redução sensivel dos seus armamentos maritimos. «Os dois estados americanos, nota um escriptor, foram os primeiros a realizar o sonho que conduziu o czar a fazer-se patrocinador da conferencia da Haya. A iniciativa do mais poderoso monarcha foi continuada nas abas dos Andes e o tratado chileno-argentino indica seguramente o primeiro passo para o accordo internacional que cedo, esperamos-lo, virá poupar á humanidade os horrores de guerras fratricidas»³.

Fóra, todavia, de tratados limitadores das forças de terra e mar, quando um estado augmenta o effectivo do seu exercito e faz preparativos militares inquietadores para os estados vizinhos, a pratica internacional auctoriza estes a dirigirem-lhe um pedido de explicações cortês e commedido ácerca da significação de semelhantes operações militares e a exigir uma resposta satisfactoria, que dê garantias de que a paz não será violada.

¹ *Conférence internationale de la paix*, Haya, 1899.

² *Livro Branco, Conferencia internacional da paz da Haya*, 1900, pagg. 23 e segg.

³ *R. di Diritto Int. e Leg. Comp.*, 1902, pag. 423.

149. Além do direito de defesa contra as aggressões actuaes, comprehende-se no direito de conservação o direito de segurança contra a eventualidade de aggressões futuras.

Este direito de segurança confere ao estado, em primeiro lugar, a faculdade de se collocar em condições de reagir contra quaesquer ataques que contra elle possam ser dirigidos e, porisso, a faculdade de formar e instruir exercitos, de crear arsenaes e escolas militares, de levantar fortificações, de armar esquadras, em summa, de organizar e aperfeiçoar livremente forças de terra e mar. Semelhante faculdade só tem as limitações que os estados consentidamente se impuserem por meio de tratados, limitações de que apparecem frequentes exemplos, como verificamos a respeito das servidões internacionaes, e apenas pode dar logar a um pedido de explicações nos casos e nos termos indicados no numero anterior.

Os estados modernos têm usado largamente da faculdade de livre desinvolvimento das forças militares, donde a designação de *paz armada* para a situação actual do mundo civilizado, paz, todavia, que facilmente pode transformar-se em desastrosa guerra e custa enormes sacrificios economicos e financeiros ás differentes nações. Dahi nasceu a ideia do desarmamento, a tentativa do czar, o voto platónico da Conferencia da paz e o tratado chileno-argentino, que ficará notavel como inicio dum progresso de fecundos resultados para a civilização e para a humanidade.

Depois da livre organização e desinvolvimento da força militar, o direito de segurança attribue ao estado a faculdade de contrahir allianças tanto offensivas como defensivas, isto é, a faculdade de, mediante a associação com outros estados, ampliar o seu poder dentro da sociedade internacional, para melhor defesa dos seus direitos. Attribue-lhe egualmente a faculdade de tomar as medidas convenientes para prevenir a eventualidade de actos perturbadores da tranquillidade publica,

como são as medidas que têm por objecto prohibir a entrada de certas pessoas, e designadamente dos estrangeiros, nas praças fortificadas ou nos arsenaes militares, fechar os portos militares, limitar o numero e a demora dos navios de guerra estrangeiros em quaesquer portos nacionaes, sujeitar a certas condições a entrada dos estrangeiros no seu territorio e submettê-los a uma vigilancia especial enquanto ali residirem, acautelal, em summa, os proprios direitos, sem attingir ou ameaçar a existencia ou a independencia dos outros estados.

O direito de segurança envolve ainda a faculdade de o estado se oppor ás agitações ou conspirações que se formem em territorio estranho contra a sua integridade territorial, contra a ordem publica da nação ou contra as instituições sociaes e politicas. Quando taes agitações ou conspirações se produzam e o estado em cujo territorio ellas se manifestam as não reprimam espontaneamente por um dever de solidariedade internacional, o estado ameaçado tem o direito de exigir essa repressão e, se, por fraqueza ou cumplicidade, o estado solicitado ainda se não resolve a perseguir os agitadores ou os conspiradores, pode o mesmo estado ameaçado entrar no territorio alheio e praticar elle mesmo a perseguição e a repressão, se a tanto o aconselhar a sua segurança e se para tanto for sufficiente o seu poder.

Encerrará, por fim, o direito de segurança a faculdade de os estados se opporem, em nome da propria conservação, ao engrandecimento dum outro estado?

Se o engrandecimento representa o resultado do desinvolvimento das forças economicas da nação, do augmento da população ou da riqueza publica e do aperfeiçoamento das instituições sociaes e politicas, é um engrandecimento evidentemente legitimo e a estado algum seria licito vir estorvá-lo, pois indica um signal de iniciativa e de progresso que o direito internacional necessariamente reconhece. O mesmo deve dizer-se, se

o engrandecimento do estado provém de alargamentos territoriaes por processos regulares e pacificos, como acontece com a occupação e activa colonização de territorios *nullius*. No primeiro ou no segundo caso, dá se apenas, como nota DESPAGNET, o progresso da personalidade do estado, progresso previsto e legitimo como desinvolvimento normal das suas faculdades naturaes e que simplesmente pode provocar uma concorrencia pacifica.

Se, porém, o engrandecimento dum estado revela uma ideia de conquista e oppressão e é o producto duma politica de dominação e de supremacia, aos outros estados já cabe o direito de se precaverem e de opporem obstaculos a esse engrandecimento ameaçador de perturbações. Assim o exigem as necessidades da sua conservação e assim o aconsellham os interesses da communitade internacional. Quando um estado nos seus alargamentos territoriaes recorre á violencia e á conquista, não escolhendo entre meios legitimos e illegitimos, o alargamento do seu poder é um perigo não só pelos processos empregados, se estes constituem violações do direito internacional, mas ainda pela tendencia de ameaçadora supremacia revelada e, porisso, os demais estados não só podem, mas devem cohibir um tal crescimento de poder, que é illicito na sua origem e perigoso no seu destino. E para exercer esta função de defesa preventiva podem os estados ameaçados recorrer aos meios que lhes pareçam sufficientes e appropriados para inutilizar ou neutralizar a ameaça e garantir a propria conservação e segurança.

O processo de reacção seguido na historia das relações internacionaes contra o excessivo engrandecimento dum estado que representa um perigo para a independencia dos outros estados tem sido o systema do equilibrio politico, que já conhecemos. Semelhante systema, desinvolvido, como vimos, nos seculos xv e xvi, presidiu ao tratado de Westphalia, foi claramente for-

mulado no tratado de Utrecht, inspirou a Europa contra a campanha napoleonica e na obra do congresso de Vienna de 1815, informou os tratados de Paris de 1856 e de Berlim de 1878, que tenderam em parte a contrariar os progressos da Russia nas margens do Danubio, tem dominado, em summa, a politica internacional sempre que a ampliação do poder dum estado ou a colligação de dois ou mais estados vem ameaçar a independencia ou os direitos dos demais, e continuará por certo a dominá-la emquanto a sociedade internacional não for animada por um principio de solidariedade tão desinvolvida, que faça com que cada estado espontaneamente respeite a personalidade de todos os outros. Comtudo, o desinvolvimento progressivo da communitade internacional substituirá ao principio mechanico do equilibrio um principio organico de coordenação das forças politicas, e então, em vez dum trabalho de equiponderação do poder das nações, a politica internacional terá de realizar o trabalho de organização da sociedade dos estados.

§ II

Direito de independencia ¹

SUMMARIO: — 150. Noção e conteúdo geral do direito de independência.

A autonomia do estado no seu governo interno e nas suas relações exteriores. — 151. Extensão do direito de independencia. O conceito da independencia como a autonomia na solidariedade ou interdependencia. — 152. O direito de independencia e a intervenção. Noção, caracteres e fórmãs da intervenção. — 153. A intervenção na historia das relações internacionaes. — 154. A intervenção nas relações com os povos de civilização não europeia: Turquia, China e Marrocos. — 155. A doutrina de Monroë: sua fórmula primitiva e suas tendencias posteriores. — 156. A intervenção na sua theoria scientifica. O principio da intervenção e o principio da não intervenção. A intervenção como meio sancionador do direito internacional. Casos da sua legitimidade e fórmula que deve revestir.

150. A segunda condição da existencia politica internacional é o direito de independencia dos estados, o qual se traduz na liberdade e autonomia de cada nação no seu governo interno e na direcção das suas relações exteriores. Tem, assim, o direito de independencia duas manifestações fundamentaes, correspondentes aos dois aspectos sob que nos appareceu a so-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 394 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 280 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 132 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 203 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 187 e segg., e 259 e segg.; GAMA LOBO, *Principios de direito internacional*, I, pagg. 184 e segg.; PILLET, *R. D. I. P.*, vol. e log. cit.; LAPRADELLE, *La question chinoise*, *Rev. cit.*, 1901, pagg. 272 e segg.; BROCHER DE LA FLÉCHÈRE, *Solidarité et souveraineté*, *R. D. I.*, tom. xxvi, pag. 415; LAWRENCE, *ob. cit.*, pagg. 109 e segg.; MÉRIGNIAC, *ob. cit.*, pagg. 258 e segg.; NYS, *ob. e vol. cit.*, pagg. 182 e segg.; etc.

berania, a qual, como poder supremo da nação, se revela ou na liberdade de cada povo se organizar e governar pelo modo mais consentaneo ás necessidades da sua conservação e do seu desinvolvimento, ou na faculdade de proceder nas suas relações com os outros povos sem reconhecer a superintendencia de qualquer poder superior que seja arbitro dessas relações.

Começando pelas manifestações da independencia no que respeita ás funções da soberania interna, apparece, em primeiro logar, a liberdade de organização politica. Pode cada povo escolher livremente a fórma de governo que seja mais harmonica com as suas condições de existencia e organizar, independentemente de qualquer acção estranha, os poderes publicos, bem como delimitar a esphera das suas attribuições pelo modo mais adequado ao exercicio da acção do estado, e ainda dar aos cidadãos, no governo e na administração publica, a participação que seja aconselhada pelas conveniencias geraes e pelo seu grau de civilização. Corollario natural da liberdade de organização politica é a faculdade de substituir e alterar livremente a fórma de governo e a constituição do estado, quando a transformação das condições sociaes assim o exija. A isso não podem oppor-se os governos dos outros estados, os quaes devem mesmo reconhecer as transformações politicas, logo que a nova fórma de governo organize e exerça regularmente a soberania nacional.

Depois da liberdade de constituição, vem immediatamente a liberdade de legislação. Continuação natural do direito de escolher livremente a organização politica, é a faculdade de promulgar normas juridicas reguladoras da acção dos poderes publicos e disciplinadoras das relações mutuas dos individuos. É o direito de legislação, que o estado pode exercer independentemente em relação a todas as pessoas e a todas as cousas que se encontram dentro do seu territorio.

Em terceiro logar, comprehende o direito de independencia

a liberdade de governo e administração. Nas suas funções de direcção social e de execução dos serviços publicos em que se traduz o exercicio da actividade do estado, os actos do governo dum país são plenamente independentes dos governos dos outros estados, não podendo as auctoridades e tribunaes estrangeiros submittê-los á sua apreciação e julgamento official. E, porisso, ainda que os actos de governo ou de administração dos poderes dum estado lesem os direitos dos outros estados ou de subditos seus, não podem os estados lesados annullar e revogar aquelles actos por auctoridade propria, embora possam fazer as suas reclamações pelas vias diplomaticas, exigir que o estado lesante reconsiderere e, no caso de recusa, recorrer aos meios de reparação ou de satisfação permittidos pelo direito internacional. A liberdade de gestão dos interesses sociaes é extensiva á materia de cultos, tendo o soberano territorial o direito de determinar o regimen a que deverão subordinar-se as differentes confissões religiosas e não podendo um estado estranho exigir doutro estado a concessão de vantagens particulares a uma igreja determinada ou á sua igreja nacional. Isto, porém, que é verdade a respeito das relações-entre estados de civilização europeia, deixa de o ser nas relações dos estados de civilização europeia com estados de differente civilização. Os estados christãos têm limitado a autonomia interior dos estados do Oriente, por virtude da intolerancia e do fanatismo das populações desses estados, apparecendo nos tratados concluidos entre as potencias europeias e a Turquia e os países do Extremo Oriente disposições relativas á liberdade religiosa dos subditos desses estados, para os garantir contra as perseguições de que podiam ser victimas por virtude da sua confissão religiosa. Essa restricção da liberdade administrativa dos estados orientaes baseia-se na protecção devida á liberdade de consciencia e aos direitos geraes da humanidade.

Como complemento da autonomia de legislação e de administração, envolve o direito de independência a autonomia de jurisdição. Dentro do seu território, só o estado administra justiça e administra a livremente em relação a todas as pessoas e a todos os bens que ali se encontrem. Esta autonomia de jurisdição é indispensável á afirmação da personalidade do estado, emquanto representa o meio de tornar effectivos o imperio da lei e a força do direito. É, porisso, uma função de soberania que cada estado deve exercer independentemente de toda a acção estranha e sem que as sentenças dos seus tribunales possam ser revogadas por tribunales ou auctoridades doutro estado. As restricções que soffre o principio da independência de jurisdição, como acontece com as isenções concedidas aos soberanos que se encontram em países estrangeiros, aos agentes diplomaticos, aos navios de guerra, etc., explicam-se pelas conveniencias da comunidade internacional e pelo interesse bem entendido do estado que as consente.

Passando da vida interna ás relações externas do estado, o direito de independência garante a sua liberdade de comunicação com os outros estados, permittindo-lhe dirigir aquellas relações pelo modo mais consentaneo aos seus interesses e sem obedecer a imposições de qualquer poder estranho. Não significa a independência nas relações internacionaes a faculdade de uma nação se furtar á comunicação com as outras nações, pois que o isolamento é incompativel com o modo de ser hodierno dos estados civilizados, mas a faculdade de cada estado ser arbitro, embora prudente e tendo em consideração as necessidade da comunidade internacional, da direcção da sua vida exterior, enviando e recebendo agentes diplomaticos, celebrando tratados, fazendo a paz ou a guerra, etc., sempre por motu-proprio e não por virtude duma coacção estranha.

151. Conhecida a esphera de acção do direito de indepen-

dencia e determinada a sua significação geral, que é a autonomia na direcção da vida interna e externa do estado, cumpre agora estabelecer o alcance e a extensão dessa autonomia, para se ficar formando um conceito exacto da liberdade de acção do estado em face dos outros estados.

Como em outro lugar deixamos esboçado a traços largos, o progresso da civilização internacional, ao mesmo tempo que eliminou ou neutralizou as tendencias imperialistas de supremacia universal e fixou o principio da independencia e egualdade juridica das nações numa indispensavel reciprocidade de direitos e obrigações, creou successivamente entre os estados uma mutualidade de relações cada vez mais intensa, por maneira que se estabeleceram entre os povos civilizados estreitos vinculos de solidariedade até esses povos se constituirem em verdadeira communitate internacional para a consecução de fins communs. Estas circumstancias já de per si seriam sufficientes para nos persuadir de que a independencia do estado nem pôde ter a significação negativa duma facultade de isolamento, nem o sentido dum direito absoluto de governo interno ou de direcção das relações exteriores completamente estranhos aos interesses de todos os estados que a evolução social organizou em communitate internacional. Semelhante conceito da independencia seria contrario á existencia mesma dessa communitate, que a historia tornou necessaria á vida dos povos civilizados. A independencia só poderá ir certamente até onde o permitta a coexistencia e a cooperação dos estados em sociedade internacional. Mas factos abundantes da vida do estado nas suas capitaes manifestações võem comprovar que não pôde ser absoluto o conceito da independencia.

Antes de mais, os povos civilizados seguem e praticam de ha muito o principio, que o direito internacional já considera como uma das suas regras mais positivas, de que a identidade do estado se conserva através de todas as transformações po-

líticas, prevalecendo a sua personalidade internacional com todos os direitos e obrigações e, portanto, com a necessidade de dar cumprimento a todos os compromissos contraídos para com os outros estados, signal de que já na sua organização politica os estados levam em conta os direitos dos estados estranhos e de que escolherão sempre uma fôrma de governo que dê garantias do cumprimento das obrigações internacionaes, para que possam obter o reconhecimento das nações e possam viver na sociedade internacional. Embora o reconhecimento dum estado novo ou dum estado politicamente transformado constitua uma obrigação para os demais estados, não cumpririam por certo estes ultimos uma tal obrigação, reconhecendo o estado novamente constituido ou organizado que revelasse o intuito de desconhecer as suas obrigações internacionaes. «Se na maior parte dos casos, escreve PILLET, a comunidade internacional reconhece as mudanças de governo interno que se produzem no estado, é porque desde muito está admittido que semelhantes mudanças deixam intactos os direitos e os deveres deste estado para com os outros estados» ¹.

Passando da ordem politica á ordem legislativa, egualmente se verifica uma decidida influencia da comunidade internacional sobre as leis dos países civilizados. Os estados contemporaneos não podem resolver de modo satisfactorio os problemas da sua legislação interior sem reconhecer que são membros da sociedade das nações e sem attender aos interesses respeitantes ás relações mutuas dos povos, e isto tanto mais, quanto mais tambem esses estados se convencem de que as relações internacionaes constituem um poderoso instrumento de civilização.

¹ *Rev. cit.*, pag. 86.

Semelhante influencia revela-se sob um triplice ponto de vista. Revela-se, em primeiro lugar, no facto de as modernas leis civis e commerciaes procurarem introduzir nas suas disposições os principios do direito internacional privado, que derivam da communidade internacional e se apoiam na theoria dos juristas ou na pratica judiciaria, com o fim de regular a condição juridica dos estrangeiros e de garantir os interesses ligados ás relações entre individuos de differentes nações. Para testemunho, citaremos o nosso Codigo civil nos artigos 24.º a 31.º, 1065.º, 1066.º, 1085.º, 1106.º, 1107.º, 1961.º a 1965.º e 2430.º, e o Codigo commercial nos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 12.º, os quaes obedeceram á corrente e, com as disposições parallelas dos codigos das outras nações, mostram que sobre os modernos legisladores actua decididamente o principio da communidade internacional.

A segunda revelação encontra-se no facto de os codigos mais recentes serem o resultado do estudo comparado das legislações dos estados civilizados, de modo que estas legislações se assemelham cada vez mais, e, se ainda ha e haverá sempre entre ellas divergencias irreductiveis, têm muitos pontos de contacto, que por certo augmentarão e que são um producto e um novo factor da solidariedade internacional.

A influencia manifesta se, por ultimo, em dois factos cada qual o mais significativo. Consiste o primeiro na aspiração para crear uma legislação internacional geral applicavel ás mais frequentes relações internacionaes, principalmente sobre negocios commerciaes, tendo-se examinado nos ultimos tempos a possibilidade de promulgar leis communs a toda a Europa no que respeita ás transacções financeiras e commerciaes dos diversos estados e tendo-se consignado, nos tratados de união, principios geraes applicaveis a todos os estados. Foi em obediencia áquella tendencia — que o governo allemão dirigiu a todos os governos europeus uma proposta para a organização

dum regulamento geral das letras de cambio, ideia que mereceu as atenções da Instituto de direito internacional, o qual votou, na sessão de Bruxellas de 1885, um projecto de lei uniforme sobre letras de cambio e titulos á ordem ¹, que o governo hollandês propôs, em 1874, uma lei uniforme relativa á execução das sentenças proferidas pelos tribunaes civis e commerciaes estrangeiros, propostas que foram acolhidas favoravelmente pelas potencias, e que, num futuro mais ou menos proximo, receberão porventura uma solução pratica,—e que os estados civilizados chegaram a accordar sobre a creação das differentes uniões internacionaes cujo numero tem augmentado sempre e cuja significação é bem manifesta. O segundo contem-se nos resultados das conferencias de direito internacional privado da Haya de 1893, 1894, 1900 e 1904, que se propuseram preparar e formular convenções geraes reguladoras das relações de direito internacional privado, tendo já sido concluidas oito convenções, uma a 14 de novembro de 1896 sobre processo civil, tres a 12 de junho de 1902 sobre casamento, divorcio e separação de pessoas, e tutela de menores, e quatro a 17 de julho de 1905, sobre processo civil, interdição, effeitos do casamento quanto ás relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges, e successões, testamentos e doações.

Depois da influencia no poder legislativo, verifica-se a acção da communitade internacional na administração do estado. Bastará recordar o que se dá com as commissões internacionaes do Danubio e do Congo e bem assim com as instituições administrativas internacionaes das differentes uniões, quer sob a fórma burocratica de officios, quer sob a de commissões internacionaes, cuja acção é sempre distincta e *independente* do

¹ *Tableau général des travaux de l'Institut*, (1873-92), pagg. 56 e segg.

poder local, para nos convenceremos de como a vida administrativa do estado é real e positivamente influenciada pela acção daquella communitade. Semelhantes instituições mostram claramente que a liberdade de acção administrativa de cada estado é limitada pelas exigencias da coexistencia e cooperação de todos os estados civilizados dentro da sociedade internacional.

Um facto semelhante se observa relativamente ao direito de jurisdicção. À parte as isenções de jurisdicção que já referimos e que são claras consequencias da acção da communitade internacional, esta acção mostra-se sob muitos pontos de vista. No que respeita á jurisdicção civil ou commercial, os tribunaes dos differentes países não só applicam muitas vezes leis estrangeiras, o que se dá sempre que estas são chamadas para regular quaesquer relações juridicas, e reconhecem a existencia e a efficacia de direitos adquiridos em outros países á sombra de leis que não são as do seu estado, mas ainda dão execução aos julgamentos proferidos por tribunaes estrangeiros, ou por virtude dum principio geral, como é o consignado no artigo 31.º do nosso Codigo civil e regulado nos artigos 1087.º e segg. do Codigo de processo civil, ou por virtude de tratados concluidos entre as differentes nações em que se estabelecem regras para a sua execução; e, no que se refere á jurisdicção criminal, não só a competencia dos tribunaes dum país cessa em relação aos criminosos que ali se encontram e devam ser extraditados para os julgarem os tribunaes doutro país, mas devem os tribunaes de qualquer estado praticar as diligencias que lhes sejam rogadas pelos tribunaes de outros estados para verificar o destino dum criminoso ou para demonstrar a sua culpabilidade, e isto por virtude da assistencia que os estados naturalmente se devem para a defesa contra os criminosos.

Mas a exclusão dum character absoluto e arbitrario do con-

ceito da independencia do estado accentua-se na esphera da sua vida exterior. Em primeiro lugar, não pode um estado civilizado viver sem relações exteriores e, porisso, da sua independencia sob a fórma de isolamento nem deve falar-se. E, desde que essas relações lhe são necessarias, não pode evidentemente conduzi-las por modo arbitrario ou lesivo dos direitos e interesses dos outros estados, aliás todos se recusariam á sua convivencia ou o abrigariam pela força a entrar no caminho do seu dever, o que, no primeiro caso, o poria fóra da sociedade das nações e, no segundo, o arrastaria a uma vida de violencias.

Mas muitos factos concretos võem comprovar que os proprios estados não consideram absoluta a sua independencia nas relações exteriores. Lembraremos alguns. Quanto ao direito de legação, está estabelecido pela pratica internacional que todo o estado tem obrigação de receber agentes diplomaticos dos outros estados, que junto do seu governo representem os mesmos estados e defendam os seus interesses, embora possa, por motivos pessoaes, deixar de ser recebido certo representante diplomatico; quanto aos tratados, foi solemnemente proclamado pela conferencia de Londres de 1871 o principio de que nenhum estado pode desobrigar-se arbitrariamente dos compromissos assumidos em tratados sem o consentimento dos outros estados contractantes e está estabelecido, como dissemos, nos tratados de união que nenhum estado, que os tenha assignado ou que a elles tenha adherido, pode denunciá-los sem cumprir certas formalidades e sem aviso previo, em regra, dum anno; quanto ao direito de guerra, finalmente, renunciaram as potencias, á excepção da Hespanha, dos Estados Unidos e do Mexico, ao exercicio do curso na 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 um tribunal arbitral permanente de character faculta-

tivo, — estabeleceram que as potencias signatarias estranhas ao conflicto *podem*, antes ou depois de romperem as hostilidades, offerecer, de motu-proprio, os seus bons officios ou a sua mediação, sem que esse offerecimento possa ser considerado pelos estados em litigio como um acto pouco amigo, e *devem*, no interesse superior da paz, antes que o conflicto tome um character violento, lembrar aos estados nelle envolvidos que o tribunal permanente está aberto á resolução da sua contenda, — declararam que este conselho de arbitragem tinha simplesmente o character dum acto de bons officios e em nada podia ferir os melindres das partes litigantes ¹, — e esforçaram-se tambem por tornar a guerra mais *leal* e mais *humana*, declarando que os belligerantes não tõem um direito *illimitado* na escolha dos meios de prejudicar o inimigo e determinando que, além das restricções estabelecidas em convenções especiaes, ficava designadamente prohibido: empregar veneno ou armas envenenadas; matar ou ferir á traição individuos pertencentes á nação ou exercito inimigo; matar ou ferir um inimigo que, tendo de posto as armas ou esgotado os meios de se defender, se entrega á discreção; declarar que não se dará quartel; empregar armas, projecteis ou materiaes destinados a causar males desnecessarios; usar indevidamente a bandeira parlamentaria, a bandeira nacional, ou as insignias militares e o uniforme do inimigo; e destruir ou apoderar se das propriedades inimigas, salvo quando semelhante procedimento seja imperiosamente imposto pelas necessidades da guerra ².

Fica, pois, patente o testemunho irrecusavel dos factos no

¹ Convenção da Haya de 29 de julho de 1899 sobre a resolução pacifica dos conflictos internacionaes, artt. 3.º e 27.º

² Convenção da Haya de 29 de julho de 1899 relativa ás leis e costumes da guerra, artt. 22.º e 23.º

sentido de que o direito de independência é influenciado e limitado pelo princípio da comunidade internacional nas suas duas manifestações fundamentais, isto é, tanto no que respeita ao governo interno do estado, como no que se refere á direcção da sua vida exterior. Como interpretar scientificamente os factos? Qual a fórmula rigorosa do direito de independência?

A interpretação dos factos que referimos, da natureza dos quaes muitos outros se encontram na vida internacional, não deixa dar ao direito de independência a significação que lhe attribuia a escola classica do direito internacional, a qual, ou sob a fórmula de individualismo de estado ou sob a de individualismo de nacionalidade, dava á autonomia do estado a maior amplitude e reduzia todos os deveres mutuos dos povos ao respeito da sua reciproca independência, transformando o direito internacional num direito puramente negativo. Os factos apresentam os estados como solidarios na sua vida de coexistência e de cooperação e revelam que o direito internacional, em vez duma simples defesa contra as aggressões exteriores ou de mera disciplina juridica do respeito mutuo dos estados, é, principalmente, o organizador das relações multiplices e cada vez mais numerosas dos povos em todas as espheras da actividade social. Porisso, a concepção classica, accentuadamente individualista e negativa, se foi util como meio de firmar a individualidade nacional ou contra as tendencias imperialistas de universal supremacia ou contra a obra artificial e falsa do congresso de Vienna e da Pentarchia, é hoje por certo insufficiente para dar a medida scientifica do direito de independência. Á solidariedade internacional, accusada pelos factos, deve corresponder um conceito de solidariedade tambem na theoria da liberdade dos estados, que sirva de guia na coordenação da sua actividade reciproca e de criterio positivo na disciplina das suas mutuas relações. Esse conceito

deve aproveitar da theoria classica da independencia o que nella possa haver de util para a garantia da personalidade do estado, mas tem de corrigi-la no que ella apresente de excessivo e introduzir-lhe coefficients novos que a ponham em harmonia com a realidade dos factos. Ora, o que na theoria classica ha de proveitoso é a vigorosa affirmação da personalidade do estado, é o principio da emancipação de qualquer poder superior que seja senhor do seu destino e é o principio do respeito dos seus direitos, e tudo isso tem de aproveitar a theoria nova para assentar as verdadeiras bases da autonomia nacional. O que de excessivo apparece na theoria classica é o ella ter levado a independencia até á contestação de qualquer outro dever do estado que não seja o respeito dos outros estados e, portanto, á negação de todo o dever positivo de solidariedade, de todas as relações juridicas internacionaes que possam traduzir-se numa assistencia mutua dos estados. Nesta parte tem a theoria nova de modificá-la e a modificação ha de ser no sentido de temperar o conceito da independencia pelo principio da communidade internacional, de conjugar o principio do respeito com o principio da assistencia dos estados, de harmonizar o principio da autonomia com o principio da solidariedade. E com a coordenação dos dois elementos, o classico, que é o respeito da autonomia, e o novo revelado pelos factos, que é o vinculo da solidariedade internacional, forma-se o verdadeiro conceito da independencia do estado, a que o Congresso universal da paz, na sessão de Paris de 1900, deu a formula expressiva e fecunda — *autonomia na solidariedade* ¹ e que os escriptores recentes, como PILLET ² e LAPRADELLE ³,

¹ *R. D. I. P.*, 1902, pag. 116.

² *Rev. cit.*, 1898, pag. 89.

³ *R. cit.*, 1901, pag. 340.

designam pela palavra *interdependencia*, cujo verdadeiro significado é a egualdade na reciprocidade de relações. A nova concepção da liberdade do estado representa, pois, o producto de duas ideias que se succederam na historia e que mutuamente se completam. Pela mutualidade, pela assistencia, pela solidariedade, os estados realizam, sem se repellirem, a sua vida de necessaria cooperação, conciliando os seus interesses e realizando-os mediante uma acção commum, e, pelo respeito da autonomia de cada um, harmonizam, sem se absorverem, a sua coexistencia no goso e exercicio duma relativa egualdade de direito.

O conceito de independencia que acabamos de formular concorda com os factos pelos quaes determinamos as tendencias geraes da sociedade internacional e com as ideias que orientam, segundo vimos, o espirito contemporaneo ácerca da situação do estado dentro da sociedade internacional, espirito a que preside, em divergencia com a escola universalista e com a escola nacionalista, o principio da interdependencia ¹.

152. Intimamente relacionada com o direito de independencia, anda a doutrina da intervenção, que, porisso, vamos estudar na sua noção, nos seus caracteres, nas suas fórmulas, nas suas tendencias historicas, e, finalmente, na sua theoria scientifica, para verificarmos a função que ella pode ser chamada a exercer dentro do organismo juridico internacional.

a) *Noção, caracteres e fórmulas da intervenção*. A intervenção consiste na ingerencia dum ou mais estados nos negocios internos ou externos doutro estado, para lhe impor ou a solução duma difficuldade particular ou uma linha de conducta determinada a respeito duma ou de mais questões de governo in-

¹ Vide supra, pagg. 81 e segg.

terno ou de relações exteriores. Dá-se, pois, na intervenção, a substituição da soberania do estado interventor á do estado intervindo, ou para o primeiro praticar certos actos que são da competencia do segundo, ou para obrigar este a proceder forçadamente num determinado sentido.

Para distinguir bem a intervenção de quaesquer outras fórmulas de procedimento dos estados nas suas relações exteriores, convem estabelecer com precisão os seus caracteres, que podem reduzir-se aos tres seguintes:

1.º) A intervenção suppõe a privação da iniciativa soberana alheia, ou porque o interventor pratique por si actos que entram no exercicio das funcções soberanas do intervindo, ou porque obrigue este immediata, directa e designadamente á pratica de certos actos de governo interno ou de direcção da vida exterior, não havendo, porisso, intervenção nos casos — de armamento ou de precauções dum estado contra as consequencias danosas de actos realizados ou iminentes dum outro estado, — de alliança com uma nação amiga que está em lucta com outra nação, — de colligação contra um país ameaçador pelas suas empresas de conquista, — de guerra declarada, na defesa do proprio interesse, contra duas potencias que entre si se encontram no estado de guerra, pois que os factos do armamento, das precauções, da alliança, da entrada na colligação, e da declaração de guerra, entram no exercicio da soberania individual de cada estado e, embora tendam a neutralizar ou a paralisar actos de soberanias rivaes ou inimigas, não constituem uma usurpação de soberania.

2.º) A intervenção suppõe no estado intervindo uma potencia independente. Se a autonomia dum estado não é completa, encontrando-se a sua personalidade juridica mais ou menos absorvida por outro estado ou limitada em relação a certas questões por meio de tratados que dêem aos signatarios o direito de se intrometterem nos seus negocios internos ou ex-

ternos, a ingerencia realizada em virtude do acto de subordinação ou de limitação não constitue uma intervenção. É assim que não ha intervenção quando o poder central duma confederação se intromette nos negocios interiores dos estados particulares em harmonia com as indicações do pacto federal, quando o estado protector ou suserano se substitue ao estado protegido ou vassallo para dirigir a sua politica interna ou externa segundo o acto de protectorado ou de vassallagem, e quando a ingerencia dum estado se effectua em relação a questões para as quaes um tratado especial permittiu essa ingerencia, como a praticada para salvaguardar uma neutralidade de que o estado ingerente seja garante.

3.º) A intervenção suppõe, emfim, por parte do estado interventor a imposição da sua vontade ao estado intervindo. Se, porisso, a ingerencia dum estado nos negocios doutro estado é solicitada por este ultimo ou resulta dum offerecimento livremente acceito, não pode falar-se de intervenção. Assim, quando uma nação se encontra dividida em dois partidos em lucta aberta sobre a fórma de organização politica e os dois partidos solicitam ou acceitam os bons officios dum outro estado, os actos por este praticados no sentido da escolha do systema governamental mais em harmonia com as aspirações nacionaes do país a que pertencem os partidos em lucta não constituem actos de intervenção, mas de pacifica mediação. Quando, porém, a acção dum estado estranho não seja solicitada ou acceita ou o seja apenas por um dos partidos em lucta, toda a ingerencia constitue uma intervenção e assim deve ser considerada.

A intervenção pode revestir a fórma de intervenção *diplo-*
matica ou de intervenção *armada*. A primeira verifica-se por meio de representações oraes ou escriptas em que um estado dicta a outra a sua vontade, e effectua-se a segunda pela invasão ou pela occupação armada, ou pela simples ameaça de

operações militares, sendo a ameaça acompanhada ou seguida dum desinvolvimento de forças sufficiente para determinar o estado ameaçado.

Sob uma ou outra fôrma, a intervenção é evidentemente contraria á independencia e á soberania do estado, e, porisso, não pode ser admittida como instituição normal do direito internacional. Vejamos, porém, como ella se nos revela nos factos, para depois a examinarmos nas theorias e determinarmos se e em que termos poderá ser reconhecida como um recurso extraordinario na disciplina juridica das relações internacionaes.

153. *b) Traços historicos da intervenção.* Em certo modo, pode dizer-se que a historia da intervenção é a historia do direito de independencia, tendo variado com o maior ou menor grau de respeito da autonomia dos estados a ingerencia nos seus negocios internos ou externos praticada pelos outros estados.

Na antiguidade, o desconhecimento do principio da egualdade juridica dos estados e do respeito reciproco da sua independencia fez com que a historia das relações internacionaes fosse cheia de intervenções. As cidades hellenicis intervinham constantemente umas nos negocios das outras, para evitar que o equilibrio politico se rompesse em beneficio de qualquer dellas, como se observa na lucta capitaneada por Sparta contra Athenas que produziu a guerra do Peloponeso, bem como na lucta de Sparta e de Athenas contra Thebas, e a politica romana não passou duma serie de intervenções, quer violentas quer sob a fôrma de arbitragem, no governo dos outros estados, praticadas no intento de engrandecer o poder de Roma.

Na edade media era a intervenção, como nota DESPAGNET, uma consequencia forçada da feudalidade. O papa e os imperadores, em relação a todos os estados, e os outros monarchas

em relação aos soberanos seus subordinados, intervinham na política interior ou exterior dos vassallos e nas guerras privadas entre os senhores feudaes em virtude dum direito de suserania mais ou menos fundado.

Nos principios da edade moderna encontrou a politica internacional um motivo de intervenção na defesa dos principios orthodoxos contra os principios da Reforma e, depois que o congresso de Westphalia pôs de parte o elemento confessional como condição das relações juridicas dos povos christãos, serve a intervenção já as ambições de Luis XIV, já a preocupação da diplomacia europeia de manter o equilibrio politico, preocupação que domina a segunda metade do seculo XVII, todo o seculo XVIII e ainda os principios do seculo XIX.

A revolução francesa veio abalar profundamente, como já tivemos occasião de dizer, o principio do equilibrio politico com a proclamação solemne do principio da independencia dos povos na sua organização interna e na direcção da sua vida exterior e consagrou, como corollario natural, o principio da não intervenção no decreto de 20 de abril de 1790.

Este principio não foi, porém, praticamente seguido, em virtude duma serie de factos perturbadores que produziram um largo uso da intervenção.

Receosas da segurança das suas instituições, as potencias europeias colligaram-se contra a França revolucionaria, tentaram intervir nos actos da sua politica interior, a 27 de agosto de 1791, em Pilsnitz, o imperador da Austria e o rei da Prussia declararam que pretendiam restabelecer o throno de Luis XVI e, a 23 de julho de 1792, o duque de Brunswick, generalissimo dos alliados, ameaçava de morte as auctoridades republicanas e de devastação a cidade de Paris, se o rei e sua familia fossem ultrajados. O resultado desta ameaça violenta e provocadora foi o decreto da Convenção de 19 de novembro

de 1792, em que eram chamados á insurreição todos os povos, com a promessa da intervenção armada em seu beneficio para a reforma das suas instituições politicas. Esta politica de intervenção na organização dos estados foi praticada pelo governo revolucionario sempre que as circumstancias o permittiram e foi continuada por Napoleão I nos países onde pôde dominar a sua influencia.

Inutilizada a tentativa napoleonica pela colligação europeia e reorganizada a carta da Europa pelo congresso de Vienna, foi ainda pela intervenção que as potencias se propuseram defender o direito historico vigente antes da revolução francesa e o principio da legitimidade que predominara no congresso. O programma da Santa Alliança, constituída em 1815 e organizada em Pentarchia no congresso de Aix-la-Chapelle de 1818, resolvia-se na salvaguarda dos resultados do congresso de 1815 e na defesa das constituições monarchicas, contra todo o movimento revolucionario que as ameaçasse, pelo recurso á intervenção armada, quando tanto fosse necessario para conseguir aquelles fins. A Pentarchia, com effeito, proclama e precisa successivamente o principio da intervenção no congresso da sua constituição, no de Troppau de 1820, no de Laybach de 1821 e no de Verona de 1822 e realiza uma serie de intervenções mais ou menos violentas no cumprimento do seu programma.

As ideias liberaes foram-se, porém, generalizando e robustecendo, a mesma Inglaterra, que fazia parte da Pentarchia, proclamou, em geral, a regra da não intervenção, declarando, em nota circular de 19 de janeiro de 1821, que um estado só excepcionalmente podia ter o direito de intervir nos negocios doutro estado quando o exigissem as necessidades da propria conservação, sendo, porisso, illegitima toda a intervenção fundada no simples desejo de combater certas ideias, a reacção contra a politica violenta da Santa Alliança accentuou-se pro-

gressivamente, a partir de 1830 as ideias de intervenção vão declinando cada vez mais e, depois desta data, fóra dos negócios do Oriente, só por duas vezes se realizou nos estados da Europa a intervenção collectiva das potencias, — primeiro, na lucta entre a Belgica e os Países Baixos, de que resultou modificarem-se, na conferencia de Londres de 1831, as resoluções do congresso de Vienna na parte respeitante á Belgica pelo reconhecimento da independencia deste país, e, depois, na administração financeira da Grecia, que teve de acceitar, pelos preliminares da paz de 18 de setembro e pelo tratado de paz de 4 de dezembro de 1897, o *contrôle* financeiro duma commissão internacional formada de representantes das seis grandes potencias europeias, como condição da paz com a Turquia e como garantia do pagamento da indemnização de guerra pedida pela Porta¹. No primeiro caso foi a intervenção solicitada pela Belgica e justificou-se como um meio de assegurar e garantir a paz europeia, e no segundo considerou-se como um meio de a Grecia contraír com facilidade e vantagem o empréstimo destinado á indemnização de guerra.

154. Mas, se a pratica da intervenção declina nas relações dos estados europeus de civilização christã, continua em todo o seculo XIX nas relações da Europa com a Turquia². As potencias intervêm em 1827 em favor da Grecia contra a Porta; intervêm em 1840 em favor da Porta contra o governador do Egypto, que se havia revoltado e já tinha vencido as tropas turcas na Assyria, sendo então dirigida uma nota colle-

¹ *R. D. I. P.*, 1838, pagg. 116 e segg. e 451 e segg., e 1902, pagg. 5 e segg.

² *R. D. I. P.*, 1895, pagg. 256, 1896, pagg. 88 e 354, 1897, pagg. 504, 533 e 680, 1903, pagg. 112 e 499; *R. D. I.*, 1904, pagg. 1 e segg.; *La justice international*, vol. I, (1903-1904) pagg. 482 e segg.

ctiva ao sultão em que se declarava que as questões relativas á *integridade* do imperio Ottomano eram questões de interesse europeu, estabelecendo-se assim o principio da tutela da Europa christã sobre a Turquia ; subordinam, no tratado de Paris de 30 de março de 1856, o respeito e a garantia da integridade e da independencia da Turquia á condição de que a Porta realizaria as reformas 'promettidas quanto á liberdade religiosa e civil dos seus subditos, á administração da justiça, á gerencia financeira e ás medidas contra a corrupção e parcialidade dos funcionarios, condição que era destinada a tornar-se, e se tornou realmente, uma fonte de intervenções ; intervêm largamente pelo congresso e tratado (13 de julho) de Berlim de 1878, em que a Turquia é francamente fragmentada e a Porta se compromette a realizar sem demora os melhoramentos e as reformas exigidas pelas necessidades locais das provincias habitadas pelos Armenios e a garantir a segurança destes contra os Circassianos e contra os Kurdos, bem como a garantir a liberdade religiosa e a egualdade civil e politica de todos os seus subditos, a reconhecer o direito de protecção dos agentes diplomaticos e consulares das potencias em relação tanto aos ecclesiasticos, peregrinos e monges de todas as nacionalidades que viajem na Turquia da Europa e da Asia, como aos estabelecimentos religiosos, de beneficencia ou outros que elles fundarem nos Logares Santos ou em qualquer outra parte ; intervêm por occasião dos massacres da Armenia de 1894 e 1895 para impôr á Turquia um projecto de reformas em cumprimento do tratado de Berlim, que nessa parte ficara letra morta ; intervêm por occasião da guerra greco-turca de 1897, impedindo o Sultão de proceder contra os revoltados da ilha de Creta, impondo-lhe um régimen de autonomia para esta ilha e oppondo-se a que, no tratado de paz, fossem exigidas á Grecia vencida quaesquer cessões territoriaes ; aconselharam em 1902, a Porta por meio da Aus-

tria e da Russia, a introduzir as reformas necessarias na Macedonia para dar execução ao tratado de Berlim e para pôr cobro ás frequentes insurreições naquella provincia do imperio Ottomano, e elaboraram, em 1903, por intermedio das mesmas potencias e em conferencia com representantes da Porta, um programma de reformas para aquelle país, programma contido na nota de 22 de outubro daquelle anno e baseado na fiscalização europeia, exercida, durante dois annos, por agentes civis russos e austriacos, da execução das reformas pelas auctoridades ottomanas, bem como no commando da gendarmaria, durante o mesmo periodo, por um general europeu escolhido dentre os officiaes italianos ¹. Esta intervenção das potencias europeias nos negocios da Turquia tem sido sempre, para as questões mais importantes, uma *intervenção collectiva* e tem sido sempre tambem justificada, não como um direito pertencente aos estados christãos de limitar a independencia do Sultão, mas como um meio de manter a paz europeia e de defender os direitos geraes da civilização e da humanidade, obrigando a entrar a Porta, para este segundo effeito, no caminho das reformas necessarias á garantia principalmente das populações christãs, lamentando-se por vezes que o egoísmo das potencias não tenha permittido una intervenção mais rapida e mais intensa, como, por exemplo, por occasião dos morticínios da Armenia, da guerra greco-turca e das crueldades praticadas na Macedonia.

Ao lado da intervenção das potencias europeias nos negocios da Turquia, importa referir a intervenção exercida pelas mesmas potencias, bem como pelos Estados Unidos e pelo Japão, nos negocios da China, que a tendencia dos factos parece encaminhar para sob a tutela collectiva dos estados de acção

¹ *Revue politique et parlementaire*, 1905, pag. 256.

preponderante dentro da communitate internacional. Como a Turquia foi causa duma questão do Oriente, que de ha muito preoccupa as chancellarias europeias, assim a Chinha se tornou já motivo duma questão do Extremo-Oriente, que vae dominando a politica internacional e provocando a acção collectiva dos estados civizados, já para a defesa e equilibrio dos seus interesses, já para a protecção dos direitos geraes da humanidade. Revelações claras de intervenção collectiva e acção tutelar das potencias relativamente aos negocios da China são o procedimento dos governos europeus, dos Estados Unidos e do Japão para com o Celeste Imperio por occasião do movimento dos Boxers em 1900 contra os christãos e estrangeiros, e o que se deu com a neutralidade daquelle imperio em face do conflicto russo-japonês. Em 1900, porque o velho odio contra os christãos e estrangeiros revestiu o character da maior crueldade na perseguição praticada pelos Boxers, os quaes, mais ou menos de accordo, segundo parece, com o governo chinês, fizeram grandes morticínios, contando-se entre os assassinados o chanceler da legação japonêsa e o barão de Ketteler, ministro da Allemanha em Pekim, e sitiaram todas as legações chegando a recear-se que todos os ministros e os seus sequitos fossem massacrados, a Russia, a França, a Allemanha, a Austria, a Italia, os Estados Unidos e o Japão, recorreram á intervenção, primeiro, armada e, depois, diplomatica, para defender os seus nacionaes, reprimir e punir os attentados dos Boxers, e obrigar a China á condigna reparação das violações do direito internacional, a conceder as devidas indemnizações e a tomar as medidas necessarias para evitar novas perseguições. Foi assim que começaram por enviar vasos de guerra e tropas para a China, constituindo os seus soldados uma especie de *exercito internacional* que entrou em Pekim a 15 de agosto de 1900 e pôde salvar as legações. Seguiu-se a acção diplomatica, accordando as potencias, em pro-

tocollo de 22 de dezembro do mesmo anno, nas seguintes propostas a fazer ao governo chinês — 1.º enviar a Berlim uma missão extraordinaria, presidida por um príncipe imperial, para apresentar os sentimentos do Imperador e do governo pelo assassinato do barão de Ketteler, — 2.º a punição dos criminosos, — 3.º a suspensão de todos os exames officiaes durante cinco annos em todas as cidades em que os estrangeiros tinham sido massacrados, — 4.º reparação honrosa do assassinato do chanceller japonês, — 5.º prohibição relativa á importação de armas e munições, — 6.º indemnizações para os estados, particularés, e chinas ao serviço dos estrangeiros, — 7.º guarda permanente das legações e defesa do bairro diplomatico, — 8.º destruição dos fortes de Taku, — 9.º direito de occupar militarmente certos pontos de entre Pekim e o mar, — 10.º affixação durante dois annos dum decreto imperial prohibindo sob pena de morte o fazer parte duma sociedade anti-estrangeira e contendo a enumeração das penas infligidas aos criminosos, — 11.º negociação das emendas, julgadas uteis, aos tratados de commercio e de navegação, — 12.º reforma do Officio dos negocios estrangeiros, propostas accites por um decreto imperial de 27 do mesmo mês e assignados pelos plenipotenciarios chinses a 17 de janeiro de 1901. A acção collectiva das potencias continuou até 7 de setembro de 1902, data em que, tendo a China cumprido ou assegurado o cumprimento das condições estabelecidas no protocollo de 22 de dezembro de 1900, o decano do corpo diplomatico acreditado em Pekim se dirigiu aos plenipotenciarios chinses e declarou restabelecidas as relações normaes de amizade entre as nações estrangeiras e o imperio chinês ¹.

¹ BONFILS, *ob. cit.*, pag. 60; LAPRADELLE, *Chronique internationale*, na *Rev. droit public e de science politique*, 1903, pagg. 98 e segg.; MARTENS, *B. R. G. T.*, 2.ª série, tom. xxxii, pagg. 94 e segg.

No conflicto entre a Russia e o Japão, a neutralidade da China, mais que um acto livre do governo de Pekim, appareceu como uma imposição das potencias, entre as quaes e por iniciativa do governo de Washington foram trocadas notas diplomaticas ácerca da garantia da *entidade administrativa* do imperio chinês bem como da sua neutralidade durante o conflicto. Esta neutralidade deixou de ser uma situação de que o governo chinês pudesse sair livremente, para se tornar uma condição exigida pelas potencias. Foi uma neutralização forçada sob a fórma duma declaração espontanea ¹.

Tanto num caso como no outro, a conducta das potencias representa uma intervenção collectiva, patente ou disfarçada, sendo visível a tendencia para submeter a China á tutela dos estados civilizados, tutela semelhante, embora attribuida a maior numero de estados, á estabelecida e exercida sobre a Turquia.

Alem da Turquia e da China, ainda o imperio de Marrocos se encaminha, segundo a lição de factos recentes, para sob a tutela dos grandes estados membros da communiidade internacional.

Por tratado de 8 de abril de 1904, destinado a resolver as questões pendentes entre a França e a Inglaterra e a consagrar a *entente cordiale* entre os dois países, comprometteu-se o governo francês a não estorvar a acção da Inglaterra no Egypto, e comprometteu-se o governo inglês a não estorvas a acção da França em Marrocos no sentido de, como potencia limitrophe deste imperio numa vasta extensão, velar pela tranquillidade do país e prestar-lhe a sua assistencia para todas as reformas administrativas, economicas, financeiras e militares de que elle tivesse necessidade, obrigando se, alem disso, ambos os gover-

¹ R. D. I., 1904, pag. 483.

nos a conservar respectivamente o estado politico do Egypto e de Marrocos e a respeitar nestes países o principio da liberdade commercial ou da *porta aberta*. No fundo, o tratado de 8 de abril de 1904, ao qual adheriu a Hespanha a 7 de outubro do mesmo anno, representava o reconhecimento do *protectorado inglês* no Egypto e o estabelecimento do *protectorado francês* em Marrocos, embora a palavra protectorado ahi não fosse empregada ¹.

Todavia, passado um anno approximadamente sobre aquelle tratado, o imperador da Allemanha visita Tanger, o governo allemão levanta difficuldades á acção da França em Marrocos, abre-se um serio conflicto entre os governos francês e allemão acerca dos direitos da França quanto á realização de reformas naquelle imperio e assenta-se, por fim, na reunião duma conferencia diplomatica em que fosse definido o regimen de relações da França e dos demais estados interessados com o imperio cherifano e discutidas e formuladas as reformas economicas, financeiras, administrativas e militares a introduzir naquelle imperio. A conferencia reuniu em Algeciras no dia 16 de janeiro de 1906 e, sobre os principios fundamentaes da integridade e independencia do imperio de Marrocos e da liberdade de commercio ou da porta aberta, vae discutindo e formulando as reformas a introduzir nesse imperio para o fazer entrar no concerto da civilização europeia. Ao protectorado francês substitue-se assim a tutela collectiva dos grandes estados civilizados, pois que na conferencia de Algeciras preponderam indubitavelmente as grandes potencias europeias e os Estados Unidos da America, as questões administrativas de

¹ MÉRIGNIAC, *ob. cit.*, pag. 374; MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.^e série, vol. 32, pagg. 3 e segg.

Marrocos assumem o character de questões internacionaes e, embora ainda em nome da civilização e da humanidade, verifica-se uma larga intervenção no imperio cherifiano e este imperio approxima-se sob varios aspectos do imperio ottomano e do imperio chinês.

155. Na historia da intervenção, é notavel a chamada theoria de Menroë, pela epoca e circumstancias em que foi formulada, pela significação que teve primitivamente e pelas modificações que tem soffrido nas suas applicações ¹.

A 2 de dezembro de 1823 e, portanto, na epoca em que se executava na Europa a obra de intervenção da Santa Alliança e se realizava na America o trabalho da emancipação politica dos estados ibero-americanos, leu Menroë, presidente da republica dos Estados Unidos, na abertura do congresso de Washington, uma mensagem memoravel, cuja doutrina fundamental pode resumir-se nas proposições seguintes:

a) O continente americano chegou a um tal estado de independencia e liberdade, que não pode ser considerado no futuro como susceptivel de qualquer conquista ou colonização por parte das potencias europeias.

b) Os Estados Unidos consideram perigosa para a sua tranquillidade e segurança e, porisso, procurarão impedi-la, toda a intervenção europeia no hemispherio occidental, sob qualquer fórma em que ella se produza, para modificar o regimen politico dos estados americanos ².

¹ DESJARDINS, *La doctrine de Monroë*, R. D. I. P., 1896, pagg. 137 e segg.; ALEXANDRE ALVAREZ, *L'Histoire diplomatique des républiques américaines et la conférence de Mexico*, Rev. cit., 1902, pagg. 530 e segg.

² POTUILLET, *L'impérialisme américain*, Paris, 1904, pagg. 213 e segg.

Contêm-se nestas proposições os principios fundamentaes da doutrina de Monroë, a qual deu origem ao conhecido aphorismo — «A America pertence aos americanos», e representou uma affirmação notavel do principio de não-intervenção. Todavia, com o tempo, e principalmente a partir de 1881, — como o provam os trabalhos preparatorios do congresso de Washington de 1889, que mirava á realização dum largo plano de organização das relações exteriores de todos os estados americanos e de regulamentação pacifica dos seus conflictos tendente a dar uma decidida hegemonia aos Estados Unidos, e bem assim o manifestam 1.^o) a intervenção desta republica α) no conflicto entre a Inglaterra e a republica de Nicaragua em 1895 em virtude da prisão do vice-consul inglês, oppondo-se o governo de Washington a que á Inglaterra fossem cedidas as ilhas de Corn para ali ser feito um deposito de carvão, β) no conflicto, no mesmo anno, entre a Inglaterra e a Venezuela a respeito dos limites da Guyana inglesa, em que aquelle governo forçou o gabinete de Londres a acceitar a arbitragem e influíu na constituição do tribunal fazendo ali entrar um arbitro americano, γ) na questão de Cuba, em que o mesmo governo começou por um offerecimento de mediação, continuou pela guerra que tão desastrosa foi para a Hespanha, obrigando o governo de Madrid a renunciar a toda a soberania sobre Cuba e a ceder-lhe a ilha de Porto Rico, e acabou por impôr o seu protectorado ao governo de Cuba, 2.^o) o papel de mediador desempenhado pelos Estados Unidos entre a Venezuela e alguns estados europeus, Alemanha, Inglaterra e Italia, no conflicto levantado em 1902 entre estes estados e aquella republica por virtude das indemnizações á mesma republica exigidas pelos prejuizos causados aos subditos allemães, ingleses e italianos pelas constantes guerras civis venezolanas e pela não satisfação dos encargos assumidos pelo governo da Venezuela (conflicto por fim entregue á solução de commissões mixtas de arbitragem e em parte

ao tribunal da Haya) ¹, 3.º) o prompto reconhecimento da republica do Panamá pelo governo de Washington, o que de logo foi considerado como uma garantia da independencia da nova republica ², 4.º) o tratado entre os Estados Unidos e a Republica do Panamá de 18 de novembro de 1903, que concedeu aos Estados Unidos o monopolio da construcção, exploração e conservação do canal interoceânico, bem como o direito de organizar e exercer a policia e defender a liberdade de navegação e a neutralidade do mesmo canal, — o refetido aphorismo parece tender a converter-se neste outro «A America pertence aos Americanos do Norte, aos yankees», e a intervenção negada aos estados europeus é visivelmente aproveitada para firmar a supremacia e o primado politico dos Estados Unidos nas duas Americas. A doutrina de Monroë, que tem sido sempre a razão invocada para o procedimento dos Estados Unidos, atravessou assim uma evolução característica, descripta por ALEXANDRE ALVAREZ, professor de Direito na Universidade de Santiago do Chili, nestes termos: «A principio, tinha apenas por fim impedir toda a colonização de ter-

¹ A parte do conflicto affecta ao tribunal da Haya, foi a questão levantada entre a Allemanha, a Inglaterra e a Italia e outros estados, França, Hespanha, Hollanda, etc., que tambem reclamaram indemnizações á Venezuela, mas por meios diplomaticos apenas, ao passo que os tres primeiros estados haviam recorrido a actos violentos, por exemplo, o bombardeamento do porto de Guyara e o bloqueio de todos os portos da Venezuela, — se os estados bloqueantes tinham direito a um tratamento preferencial no pagamento das indemnizações, questão resolvida affirmativamente em sentença de 22 de fevereiro de 1904. (BONFILS, n.º 143; *R. D. I. P.*, 1904, pagg. 362 e segg.; *R. D. I.*, 1904, pag. 597; *Justice internationale*, I, pagg. 101, 239 e 430, e II, pagg. 1 e segg.).

² *R. D. I. P.*, 1904, pagg. 481 e 567.

territórios vagos no novo continente e toda a intervenção da Europa nas repúblicas hispano-americanas. Depois, foi assumindo successivamente estes caracteres : pretensão de impedir os estados europeus de transferirem as suas possessões americanas a outra potencia europeia ; pretensão de obstar a que um estado americano se submetta á soberania dum estado europeu ; projecto de annexar um territorio americano quando se possa recicar que elle seja annexado por uma potencia europeia ; proclamação de que os Estados Unidos devem dominar a communicação interoceânica ; a sua intervenção directa em todas as questões levantadas entre potencias europeias e potencias americanas, bem como o direito de serem consultados sobre as difficuldades de fronteiras existentes entre as mesmas potencias ; a sua intervenção na organização politica dada pelas potencias europeias ás suas colonias»¹.

A doutrina de Monroë representa, porisso, hoje a formula da hegemonia e do imperialismo que os Estados Unidos pretendem exercer, e em grande parte já exercem, no continente americano; hegemonia e imperialismo que se servem da intervenção como um poderoso instrumento, da intervenção contra a qual a doutrina foi primitivamente formulada. Adiante diremos o que deve pensar-se de tal doutrina na sua primeira e na sua ultima fórmula.

156. c) *Theoria geral da intervenção.* Vista a intervenção na sua noção, nos seus caracteres e em algumas das suas revelações historicas, importa agora estabelecer os principios de direito internacional que devem governá-la.

Pela sua natureza mesma, constitue a intervenção uma usur-

¹ *R. D. I. P.*, 1102, pag. 582.

pação de soberania, uma negação do direito de independencia, e, porisso, não pode existir em proveito de qualquer estado um *direito de intervenção* nos negocios dos outros estados, nem se pode falar dum *principio de intervenção* como uma das normas reguladoras das relações internacionaes. O direito de intervenção repugna ao direito de independencia e o principio de intervenção repugna ao principio da egualdade dos estados.

Por estes motivos, falam alguns escriptores no *dever* e no *principio de não intervenção*. Será rigorosa e aceitavel a sua linguagem? Desde que não se dê a esse dever um character absoluto e a esse principio uma extensão illimitada, a linguagem é rigorosa e pode empregar-se para traduzir a orientação do pensamento contemporaneo ácerca da intervenção. Em verdade, o respeito que cada estado deve á autonomia soberana dos outros estados impõe-lhe o dever de não intervir nos seus negocios internos ou externos, e o principio da egualdade reciproca dos estados dá como corollario natural o principio de não-intervenção.

Todavia, se não é absoluta a independencia dos estados, se estes vivem numa condição de autonomia solidaria e os liga um vinculo de interdependencia ou de reciprocidade de direitos e obrigações, se, finalmente, as relações internacionaes são dominadas por um principio de communidade, não pode o dever de não-intervenção ir até ao ponto de se respeitar a autonomia do estado que não cumpre os seus deveres internacionaes, nem o principio de não-intervenção deixar de ter as excepções bastantes para conduzir esse estado ao cumprimento de taes deveres. A intervenção é permittida e legitima, com effeito, como processo de tornar effectivas as obrigações internacionaes, como um meio de sancionar o direito internacional. «A intervenção, escreve PILLET, é a sanção do direito e não o proprio direito. Emquanto o estado observa cuidadosamente

os seus deveres internacionaes, toda a intervenção nos seus negocios internos ou externos é illegitima; seria um ataque injustificado á sua soberania. No caso contrario, se elle desconhece algum dos seus deveres, o estado lesado pela violação do direito pode muito justamente intervir nos negocios quer internos quer externos na nação que o offendeu. Esta intervenção é o unico meio de exigir a reparação que lhe é devida e, porisso, apparece como o complemento necessario do seu direito»¹.

Faltando, em verdade, na sociedade internacional um poder superior que interponha a sua auctoridade e obrigue cada um dos estados ao cumprimento dos seus deveres, quando um ou outro estado deixe de respeitar espontaneamente os direitos dos outros estados, só pelo meio coactivo da intervenção se pode conseguir aquelle cumprimento.

Mas, admittida a intervenção a titulo excepcional e como meio sancionador do direito internacional, em que casos será legitima, que fórma deverá revestir?

É muito difficil, se não impossivel, determinar taxativamente os casos de legitimidade da intervenção, podendo revestir, como revestem, fórmias muito differentes as violações do direito internacional. Parece-nos porisso, que, frisando sempre bem o character extraordinario da intervenção, poderá considerar-se esta como legitima sempre que um estado, esquecendo os seus deveres internacionaes, lesa os direitos dos outros estados ou viola os principios do direito internacional na medida em que elles lhe são applicaveis.

Consideraremos, porém, os principaes casos em relação aos quaes é discutida a legitimidade da intervenção e procurare-

¹ *R. D. I. P.*, 1895, pag. 88.

mos determinar qual seja a seu respeito a melhor solução no estado actual da nossa sciencia.

Começando pela organização social e politica, questionam os escriptores a legitimidade da intervenção para o effeito de pôr fim a uma revolução que surja num determinado país ácerca daquella organização. Ha um ponto sobre o qual existe accordo quasi geral e é que a intervenção se torna legitima se o movimento revolucionario assume proporções taes e se propaga de modo que põe em perigo os estados vizinhos. Em tal caso a intervenção é uma forma do direito de conservação. Mas se a revolução tem apenas uma importancia interna e não se torna perigosa exteriormente? Em semelhante hypothese, a intervenção só será legitima quando se pratiquem atrocidades e graves attentados contra os direitos internacionaes do homem ou quando sejá solicitada pelos dois partidos em lucta, não devendo considerar-se legitima mesmo aquella intervenção que tenha sido estipulada num tratado para defesa de certas instituições, a fórma politica por exemplo, pois um tratado de tal natureza seria contrario ao direito que têm os povos de escolher e modificar livremente as suas instituições politicas e sociaes.

Outro caso discutido de intervenção é referente ás crenças religiosas. Ninguem duvida de que a nenhum estado é permitido obrigar outro a acceitar certa religião considerada superior ou a assimilar principios duma civilização mais adiantada. Nem a fé nem a civilização se impõem pela força. O que se discute é a legitimidade da intervenção em defesa dos subditos dum estado que professam certa religião e são, por virtude della, perseguidos e collocados numa situação juridica inferior, como tem sido a intervenção das potencias nos negocios da Turquia, para obrigar o Sultão a garantir a segurança dos seus subditos christãos e a conceder-lhes o gozo pleno dos direitos civis e politicos. Um grande numero de

escriptores pronuncia-se pela negativa, pelo motivo de que o regimen das creanças é um negocio puramente interno, não interessando aos estados estranhos o modo por que uma nação trata os subditos que seguem certa religião ou que ella reprima, tolere ou até estimule a sua perseguição. Em todo o caso, as perseguições por motivos religiosos, ou sob a fôrma legal das inferioridades juridicas ou sob a fôrma violenta dos morticínios, e principalmente neste segundo caso, não parecem merecer a indifferença das potencias, mas sim justificar a intervenção em defesa dos direitos geraes da humanidade.

Discute-se em terceiro logar se é legitima a intervenção como meio de proteger os nacionaes dum estado que residem em nação estrangeira ou della são credores. São unanimes os internacionalistas em sustentar que o estado deve protecção aos seus nacionaes e que, poriso, deve procurar conseguir que os outros estados respeitem os seus direitos. Recuam, porém, muitos diante da intervenção como fôrma de realizar aquella protecção. Preferem o emprego doutros meios, como negociações diplomaticas, a arbitragem, medidas de retorsão e até actos de hostilidade, com os quaes um estado pode conseguir o respeito ou a reparação dos direitos dos seus nacionaes, sem violar os direitos de soberania do estado onde elles residem ou de que são credores. Julgamos, comtudo, que não poderá haver duvida em admittir a intervenção como meio de fazer respeitar a lei commum que regula a condição dos estrangeiros ou 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. Essas leis foram a base da immigração ou da operação financeira e, porisso, devem ser rigorosamente cumpridas. Todavia, o risco inherente á operação financeira da cumpra de titulos da divida dum estado deve recaír sobre o seu portador, ao qual cumpre apreciar a

solvabilidade do estado devedor e ao qual aproveitam as oscillações favoraves do valor dos mesmos titulos. É porisso hoje geralmente condemnada toda a intervenção que tenha por objecto forçar um estado a pagar aos nacionaes do estado interventor, intervenção que não passa duma pressão abusiva das grandes potencias contra os países fracos. Mas a verdade é que as potencias tẽem exercido por mais duma vez essa especie de intervenção ou obrigando os estados devedores que se encontram em precarias condições financeiras a regular de certo modo por ellas insinuado a situação dos credores externos ou levando-os a aceitar a acção estrangeira, o *contrôle*, na sua administração financeira ¹. Foi assim que o bey de Tunis teve de aceitar o *contrôle* da Inglaterra, da França e da Italia em 1869, o qual durou até ao estabelecimento do protectorado da França em 1884 ², que o Egipto teve de aceitar, em 1876, o *contrôle* anglo-francês, ampliado mais tarde pela acção doutros estados, ainda hoje subsistente e exercido por uma commissão de seis membros representantes das grandes potencias europeias nomeados pelo Khediva sob indicação das potencias ³, que a Turquia teve de aceitar, em 1881, o *contrôle* dum conselho internacional de representantes dos credores imposto pelas potencias ⁴, e que, em 1897, a Grecia teve de aceitar, segundo já dissemos, o *contrôle* duma commissão internacional formada de representantes das seis grandes potencias europeias, como uma das condições do tratado de paz com

¹ Sr. Conselheiro MORAES CARVALHO, *Discursos parlamentares*, Lisboa, 1904, pagg. 22 e segg.

² DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 199.

³ *R. D. I. P.*, 1896, pagg. 245, 486 e 537, e 1897, pag. 124.

⁴ DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 216.

a Turquia e como garantia do pagamento da indemnização de guerra pedida pela Porta ¹

Deixando de ponderar mais casos de intervenção e considerando-a legitima como meio de garantir o cumprimento dos deveres internacionaes, devemos observar que ella representa um recurso extremo e que só deve empregar-se quando a violação do direito internacional ou a possibilidade dessa violação esteja bem verificada e meios menos offensivos da soberania sejam insufficientes ou inadequados para reparar o direito violado ou para evitar a violação.

Quanto á fórma, a intervenção deverá ser, sempre que possível, pacifica. É evidente. Mas, segundo verificámos nas suas manifestações historicas, a intervenção ora é *singular* ora é *collectiva*, sendo por umas vezes realizada por um estado isoladamente e por outras effectuada pela acção combinada das potencias. Sob qual destes aspectos deverá prevalecer? Naturalmente sob aquelle que mais se harmonize com a sua natureza de meio sancionador do direito internacional. Se a intervenção é legitima como garantia da comunidade internacional contra as tendencias perturbadoras de um ou de outro estado que viola ou ameaça violar o direito regulador daquela comunidade, convem-lhe certamente a fórma collectiva, a qual, se por um lado condiz com a sua razão determinante, dá, por outro lado, melhor segurança de que a ingerencia nos negocios dum estado irá só até onde o exijam as legitimas conveniencias da sociedade internacional.

¹ R. D. I. P., 1898, pagg. 160 e 454; POLITIS, *Le contrôle international sur les finances helléniques et ses premiers résultats*, R. cit., 1902, pagg. 5 e segg.

O *corpo de intervenção*, se assim se pode chamar ao agrupamento de potencias que a realizem, deve ser formado por todos os estados de influencia preponderante na sociedade das nações, para o melhor equilibrio de todos os interesses e para a melhor garantia de todos os direitos. E a acção interventora deve effectuar-se em relação a todos os estados, sem a distincção de continentes, como proclama a doutrina de Monroë, já que a acção reactiva da sociedade internacional precisa de combater todas as violações ou ameaças de violação do seu direito regulador, seja qual fôr o estado donde parta a violação ou a ameaça. A doutrina de Monroë, condemnavel como programma do imperialismo dos Estados Unidos para o primado politico nas duas Americas, como são condemnaveis todos os imperialismos pelas suas tendencias absorventes e dominadoras, é ainda insustentavel quando nega absolutamente ás potencias europeias o direito de intervir nos negocios dos estados americanos, ainda que fosse opportuna e legitima no momento historico em que appareceu como protesto contra a politica violenta da Santa Alliança. Hoje não se coaduna semelhante doutrina nem com o conceito da comunidade internacional nem com os corollarios dahi naturalmente derivados relativamente á legitimidade da intervenção ¹.

Se, todavia, apesar duma violação do direito internacional que vá affectar directamente um determinado estado, as potencias se não resolvem a intervir, mesmo depois da solicitação do estado lesado ou ameaçado, pensamos que tambem este poderá, em semelhante caso e como ultimo recurso, lançar

¹ FIORE, *Diritto internazionale codificato*, artt. 487 e segg.

mão da intervenção para se defender e para fazer valer o seu direito de conservação. Precisa, porém, a intervenção singular dum coefficiente de correção, o qual se encontra na consagração da legitimidade da contra-intervenção, para reprimir uma ingerencia injustificada e excessiva de qualquer estado nos negocios doutro estado.

De modo que, na intervenção collectiva ou na intervenção singular temperada pela contra-intervenção singular ou collectiva, encontram os estados um meio de fazer valer os seus direitos internacionaes, meio que ficará legitimo até que na sociedade das nações se organize um poder central que seja a garantia do cumprimento dos preceitos do direito internacional.

§ III

Direito de egualdade¹

SUMMARY : — 157. Noção e caracter geral do direito de egualdade. A egualdade de direito e as desigualdades de facto entre os estados. — 158. Desigualdades de facto de caracter tradicional. Suas manifestações e seu valor. — 159. Desigualdades de facto determinadas pelo grau de poder e de influencia dos estados. Potencias secundarias e grandes potencias. Função que estas desempenham na sociedade internacional.

157. Terceira condição fundamental da existencia politica internacional é o direito de egualdade, que consiste, em geral, na attribuição das mesmas faculdades e das mesmas obrigações juridicas aos estados que fazem parte da sociedade das nações. Grandes ou pequenos, fortes ou fracos, todos os estados são considerados eguaes perante o direito internacional, podendo todos exercer do mesmo modo os direitos que derivam da sua soberania e da sua qualidade de membros da comunidade internacional na sua plenitude e em harmonia com as suas relações convencionaes com os outros estados. O direito de egualdade foi definido de modo concreto pelo juiz

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 380 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 143 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 180 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 244 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, I, pagg. 123 e segg.; LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *ob. cit.*, pagg. 198 e segg.; CATELLANI, *Le droit international au commencement du XX siècle*, R. D. I. P., 1901, pagg. 403 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 194 e segg.; MÉRIGNHAC, *ob. cit.*, pagg. 310 e segg.; etc.

americano MARSHALL, ao julgar uma questão de presas, nestes expressivos termos — «A Russia e Genebra são eguaes em direitos».

A egualdade juridica dos estados deriva da ideia mesma da communidade que une as nações civilizadas, a qual exige que essas nações se reconheçam mutuamente os mesmos direitos e que nenhuma dellas se considere superior ás outras ou a ellas subordinada. É porisso que uma tal egualdade só existe entre os estados que fazem parte daquella communidade, já que só elles reconhecem as mesmos regras como applicaveis á sua conducta e só elles se consideram ligados uns aos outros por uma identica concepção dos principios que devem reger as suas mutuas relações. «A China, nota justamente BONFILS, que repelle a liberdade commercial, que considera todos os outros estados como seus inferiores e que recebe com as maiores difficuldades os seus enviados diplomaticos, não pode aspirar a uma egualdade de tratamento com qualquer dos estados christãos».

Esta egualdade de direitos dos estados, que é o complemento indispensavel do direito de independencia e a base fundamental de todas as relações juridicas internacionaes, não é incompativel com as diversas desigualdades de facto existentes entre os estados e resultantes da diversidade de condições historicas da sua formação e desinvolvimento ou do seu modo de ser actual. Como entre os individuos, existem entre os estados desigualdades fataes de situação, de influencia, de força e de riqueza, que caracterizam de modo particular cada estado, sem comtudo destruir o principio fundamental da sua egualdade perante o direito internacional. Dentre as desigualdades de facto entre os estados, são umas mais tradicionaes e apparentes, as resultantes da diversidade de condições historicas da formação e desinvolvimento dos estados, e outras mais de hoje, mais reaes, as

provindas do seu poder e da sua influencia actuaes. Considerá-las-emos separadamente, para medirmos a sua significação e o seu valor.

158. As desigualdades de character mais tradicional, as quaes se constituíram por accordo expresso ou tacito dos povos, respeitam ás honras devidas aos estados, aos titulos concedidos aos seus chefes e á categoria e precedencia dos mesmos estados.

Sob o ponto de vista das honras que lhes são devidas, classificam-se os estados em estados de *honras reaes* e estados sem essas honras. Pertencem á primeira classe os imperios, os reinos, os grand-ducados e as grandes republicas, e ficam na segunda os ducados, os principados, os condados e as pequenas republicas. As prerogativas que acompanham as honras reaes são o titulo de *real*, a corôa e as armas reaes para os estados monarchicos, certos direitos de cerimonia e o direito de enviar agentes diplomaticos de primeira classe ou embaixadores. São, como se vê, mais prerogativas de honra do que differenças juridicas de superior importancia, tanto mais que a representação diplomatica se pode effectuar plenamente por agentes de categoria inferior á dos embaixadores e que os mesmos estados de honras reaes exercem, em geral, o seu direito de representação ou de legação por meio de agentes da categoria dos que podem ser enviados pelos estados que não gosam dessas honras.

É facil notar que a designação de honras reaes é claramente impropria, já que algumas dellas pertencem ás grandes republicas. Convem ainda observar que a noção de grande republica não tem sido definida oficialmente e que ella se liga mais á importancia politica que ás dimensões geographicas, reconhecendo-se, por exemplo, honras reaes á Suissa, ao Mexico e á Argentina, e que se manifesta actualmente

uma decidida tendencia para não estabelecer differenças entre os diversos estados de constituição republicana, o que constitue uma affirmação a mais da egualdade internacional.

Outra ordem de differenças de character tradicional deriva dos titulos concedidos ao chefe do estado. O titulo, ao mesmo tempo que indica a dignidade de que um estado reveste o seu chefe, designa a categoria desse estado e determina as honras que lhe são devidas. Assim, aos titulos de imperador, de rei, de gran-duque, de principe, etc., correspondem os imperios, os reinos; os gran-ducados, os principados, etc., e, porisso, pelo titulo do seu chefe, se conclue se um estado tem honras reaes e o logar que elle occupa na gradação geral dos estados. A escolha do titulo do chefe do estado é um acto de soberania e, porisso, cada nação escolherá aquelle que julgar mais appropriado á sua situação e ao seu poder. Todavia, para o titulo escolhido ter valor internacional, deve ser reconhecido pelos demais estados e o estado interessado não deixará de pedir esse reconhecimento.

Das honras que lhes são devidas e dos titulos que lhes são reconhecidos deriva para os estados uma certa precedencia, uma especie de hierarchia, que se manifesta principalmente nas reuniões diplomaticas e na assignatura dos actos diplomaticos, no que respeita á determinação dos logares a occupar e da ordem das assignaturas a seguir pelos representantes dos differentes países. A hierarchia ou precedencia hoje reconhecida dá o primeiro logar aos estados soberanos de honras reaes, o segundo aos estados soberanos que não têm essas honras, e o terceiro aos estados meio soberanos, apenas com a modificação de que, habitualmente, aos estados protegidos só precedem os estados protectores, considerando-se, porisso, eguaes aos outros estados da sua categoria titular.

Os estados catholicos concedem sempre a precedencia á

Santa Sé e dão o primeiro logar aos seus legados ou nuncios, mesmo depois de 1870, continuando o papa, apesar da supressão do poder temporal, a ser considerado como um soberano e os seus representantes como agentes diplomaticos. Os estados não catholicos só por mera deferencia, e não por um uso tido como obrigatorio, concederão a precedencia aos representantes do papa.

Entre os estados da mesma categoria mantem-se hoje o principio da sua egualdade juridica pela adopção do systema da *alternativa*, da ordem alphabetica dos nomas das nações em lingua francesa, da tiragem á sorte, ou pela declaração de que todos os logares são egualmente honrosos. Pelo systema da *alternativa*, como a própria palavra o indica, o primeiro logar é occupado alternadamente pelos representantes de cada um dos estados, sendo uso, na assignatura dos tratados, occupar cada nação o primeiro logar no exemplar que lhe é destinado. A adopção da ordem alphabetica é, por certo, o systema mais simples para obter o effeito desejado, foi o systema seguido na assignatura do acto final do congresso de Vienna, tem sido adoptado por muitas vezes e ainda o foi na assignatura do acto final da Conferencia da paz. Este acto foi assignado em ultimo logar pela Bulgaria, como estado vassallo da Turquia.

159. As differenças e desigualdades internacionaes que temos ponderado são de honras, de titulos, de categoria e de precedencia e, porisso, se tiveram historicamente relevante importancia e foram origem de frequentes conflictos, reduzem hoje os seus effeitos a algumas exigencias de cerimonia ou a certos preceitos de cortesia internacional e não cerceiam o goso e exercicio dos direitos de soberania.

De maior valor são as differenças resultantes do poder e da

influencia das nações, que tõem levado á classificação dos estados em *grandes potencias* e *potencias secundarias*. Grandes potencias são hoje consideradas, na Europa, a Allemanha, a Austria, a França, a Inglaterra, a Italia e a Russia, na America, os Estados Unidos, e, na Asia, o Japão, para todos os demais estados se considerarem potencias secundarias.

Nenhuma superioridade juridica anda ligada a esta classificação das potencias, são attribuidos aos differentes estados, apesar das suas differenças de poder e grandeza, os mesmos direitos internacionaes, e ainda na Conferencia da paz foi altamente proclamado o principio da egualdade dos estados, dando-se a cada um dos estados representados, mesmo aos mais pequenos e ainda aos não civilizados, um voto nas resoluções da conferencia e o direito de nomear quatro arbitros para o tribunal permanente de arbitragem organizado pela mesma conferencia. O que, todavia, se passou na conferencia relativamente ás commissões de exame e redacção, onde se fez, afinal, todo o trabalho util, revela já claramente qual seja o valor da distincção entre pequenas e grandes potencias. Foi em geral recusada, aos representantes dos pequenos estados, a entrada naquellas commissões, o que prova que a vontade das grandes potencias foi o principal factor dos resultados da conferencia. Mas este facto é apenas um symptoma duma tendencia geral da hodierna politica internacional, que se traduz no primado politico das grandes potencias sobre os estados menores.

Sempre, e pela propria natureza das cousas, os estrdos fortes exerceram uma influencia preponderante, sendo para combater essa influencia que nasceu e se applicou o principio do equilibrio politico. E, o que tem sido sempre verdade, ainda hõle continua a sê-lo, pois as grandes potencias europeas, em relação a todas as nações, á excepção das america-

nas, os Estados Unidos, em relação a estas ultimas, e o Japão conjunctamente com as grandes potencias europeias e com os Estados Unidos em relação á China, exercem uma verdadeira hegemonia politica e dirigem de facto, por muitas vezes, a vida internacional. E esta hegemonia, se pode ser util, enquanto se conserve dentro dos limites da justiça e represente uma fórma de defesa dos interesses da communiidade dos estados, tornar-se-á evidentemente pernicioso e inquietadora quando assumo o aspecto de imperialismo internacional e possa conduzir ao sacrificio dos direitos e interesses dos estados sobre os quaes é exercida, o que justifica o receio de muitos espiritos ácerca do destino dos estados fracos diante da tendencia dominadora das grandes potencias e indica a necessidade de dar á sociedade internacional uma organização tal, que seja creada uma direcção superior dos interesses communs, a qual, exercida em nome de todos os estados, não seja susceptivel de servir apenas as conveniencias dos estados de maior poder dentro do organismo internacional.

SECÇÃO II

Responsabilidade internacional dos estados ¹

SUMMARY : — 160. Conceito geral da responsabilidade do estado na ordem internacional. — 161. Elementos da responsabilidade internacional dos estados. — 162. Fórmulas da responsabilidade do estado nas relações internacionaes.

160. A communitate internacional assenta na ideia de reciprocidade de direitos e obrigações dos estados civilizados e, porisso, aos direitos fundamentaes dos estados e a quaesquer outros a que o costume ou os tratados dêem vigor juridico correspondem outras tantas obrigações que vinculam a sua vontade e que elles devem cumprir para que exista a necessaria regularidade e segurança nas relações internacionaes. Os direitos e obrigações dos estados determinam-os o direito internacional consuetudinario ou convencional, sendo pelas prescripções deste direito que hade medir-se a liberdade de acção de cada estado. A acção de cada estado será, pois, *legitima*, emquanto elle proceder em harmonia com o direito internacional e será *illicita* quando se desvie das prescripções desse direito. No segundo caso, viola o estado os seus deveres internacionaes, viola o direito internacional, e porque este direito constitue uma condição necessaria da conservação e desinvolvimento

¹ ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902 ; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 170 e segg.

dos povos civilizados, as suas violações devem ser reparadas convenientemente, devem envolver a *responsabilidade* do estado violador. A formação do direito internacional originou assim o facto e a ideia da responsabilidade do estado na ordem internacional, que tem logar quando são violados os preceitos daquelle direito e se destina a reparar o damno causado pela violação e a assegurar o cumprimento futuro do mesmo direito.

A violação dos preceitos do direito internacional pode considerar-se sob dois aspectos, — *a*) ou em relação ao estado lesado por essa violação, *b*) ou a respeito de terceiros estados.

a) Entre o estado violador e o estado lesado gera a violação uma relação jurídica pela qual o segundo fica constituído no *direito* de exigir a reparação devida, como meio de resarcir o damno causado e penhor de segurança para o futuro e o primeiro constituído na *obrigação* de prestar essa reparação. Sob este primeiro aspecto, cria a violação a *responsabilidade* do estado violador, fundada na lesão dum *norma objectiva* do direito internacional e na offensa dum *direito subjectivo* do estado lesado, baseado nessa mesma norma objectiva de direito internacional ¹. A responsabilidade internacional é assim o producto da violação dum direito subjectivo dum estado, fundado numa norma objectiva do direito internacional.

b) Entre o estado violador e terceiros estados não cria a violação uma relação jurídica de responsabilidade, pois, dada

¹ Segundo o seu conceito positivo, a ordem jurídica internacional é inteiramente objectiva, formada de regras constituidas pela vontade commum dos estados, sobre as quaes se baseiam as faculdades ou direitos subjectivos dos mesmos estados.

a egualdade jurídica de todos os estados na ordem internacional, não podem terceiros estados exigir a reparação devida pelo estado violador; cria, porém, um motivo justo de intervenção, enquanto, pelo natural interesse que a comunidade dos estados tem em que sejam cumpridos os preceitos do direito internacional, podem os estados estranhos ao conflicto intervir tanto para assegurar o cumprimento futuro do direito internacional como para compellir o estado lesante a prestar a reparação pedida pelo estado lesado. A situação de terceiros estados perante o estado violador entra assim na theoria da intervenção, que acima esboçamos e pela qual vimos que a acção interventora só é legitima como meio sancionador do direito internacional.

161. A responsabilidade internacional tem como elementos determinantes — a) a violação injusta dos direitos internacionaes de qualquer estado — b) e a imputabilidade da violação a outro estado.

a) A violação injusta do direito internacional dum estado dar-se-á sempre que seja offendida uma norma objectiva do direito internacional. A violação deve constituir um *factum contra jus*, indo de encontro a uma regra de conducta imposta como obrigatoria pela vontade commum dos estados. Portanto, o ponto de partida para averiguar se ha logar á responsabilidade do estado na ordem internacional está em verificar se ha um principio positivo de direito internacional que torne *injusto* o facto praticado pelo offensor e torne *justa* a reclamação feita pelo offendido.

b) Além do acto ou omissão lesivos duma norma de direito internacional, a construcção jurídica da responsabilidade inter-social suppõe a relação entre o facto da violação e o seu agente, isto é, suppõe a *imputabilidade*, ou a attribuição da violação a um determinado estado.

Mas quando poderá um acto internacionalmente injusto vincular a responsabilidade do estado? Alguns internacionalistas principalmente a partir de HEFFTER, applicando o principio romanista da culpa aquiliana ao direito internacional, fundaram a responsabilidade internacional na culpa do estado violador por maneira a este só ser responsavel quando se verificasse haver dolo ou negligencia na pratica dos estados lesivos dos direitos dos outros estados. Era uma applicação das doutrinas do direito privado interno para informar uma instituição do direito internacional. Comtudo, a theoria da culpa, que no direito interno se tornou insufficiente para servir de base á organização da responsabilidade civil, procurando-se successivamente outras theorias para firmar essa organização, coma, por exemplo, a theoria da culpa *in re ipsa*, da culpa *contractual*, e do *risco professional*, pareceu inadequada e incompleta para fundar a responsabilidade internacional.

Em primeiro logar, a responsabilidade internacional apparece num meio differente daquelle em que se produz a responsabilidade civil e porisso é natural que assente em criterios harmonicos com a ordem de relações que a produzem, pois o regimen das relações entre estados é certamente differente do regimen das relações entre particulares.

Depois, a theoria da culpa não explica muitos casos de responsabilidade já admittidos pela doutrina e pela pratica dos estados, signal de que não se adapta ás relações internacionaes. Assim: é um principio certo de direito internacional que o modo de ser da legislação dum estado não o escusa do cumprimento dos seus deveres internacionaes e portanto da responsabilidade para com os outros estados, e ninguem quereria ver na insufficiencia inevitavel da legislação a culpa do estado para explicar a sua responsabilidade internacional; é ainda um principio certo que o estado responde pelos actos contrarios ao direito internacional praticados pelos seus navios no

alto mar, e a theoria da culpa—ou teria de subir até uma generalização sem sentido para explicar a responsabilidade pela pouca diligencia do estado ao conceder a sua nacionalidade aos navios ou ao tomar as precauções necessarias para evitar a pratica por esses navios de infracções do direito internacional,— ou deixaria de fóra da protecção juridica muitos actos que interessam a navegação, quando não pudesse provar-se a negligencia do estado de que os navios sejam nacionaes; tambem a doutrina corrente torna responsavel o estado pelos actos dos seus funcionarios que excedem o seu mandato e offendem o direito internacional, sem que a *culpa in eligendo ou in custodiendo* possa explicar essa responsabilidade, já porque a responsabilidade prevalece mesmo que o estado tenha procurado assegurar a idoneidade dos seus funcionarios, já porque semelhante forma de culpa nem explicaria a responsabilidade dos funcionarios que o são por direito proprio ou daquelles que não são fiscalizados mas fiscalizam os demais — *qui custodiunt ipsos custodes*; etc. Estes factos provam, como nota ANZILOTTI, que a doutrina e o direito positivo, longe de considerarem a culpa como condição necessaria da responsabilidade internacional, emancipam esta da theoria da culpa para a derivarem do mero facto objectivo da violação duma regra do direito internacional.

E esta concepção objectiva da responsabilidade internacional é a que melhor se harmoziza com a natureza do direito internacional e com o destino daquela responsabilidade no regimen juridico das relações entre os estados. Com effeito, o modo de ser actual da ordem juridica internacional, formada pela vontade commum dos estados, mas sem um poder superior que presida á sua realização, deixa naturalmente uma grande liberdade de acção a cada estado quanto ao modo de observar e cumprir o direito internacional, e tal liberdade deve ser acompanhada de inteira responsabilidade do estado, aliás

poderia ficar inutilizada a efficacia dos preceitos daquelle direito. Qualquer violação do direito internacional deve pois determinar a responsabilidade do estado violador, para que a responsabilidade internacional exerça no regimen juridico das relações internacionaes a ponderação exigida pela ampla liberdade de acção dos estados no modo de ser actual do direito internacional.

Nem se pense que esta theoria objectiva da responsabilidade internacional elimina todo o elemento individualista ou subjectivo na producção dessa responsabilidade. Ha apenas uma deslocação na manifestação desses elementos. Revelam-se elles na formação das normas de direito reguladoras das relações internacionaes. Estas normas resultam do concurso da vontade dos estados, os quaes, ao acceptá-las, implicitamente se obrigam a cumpri-las e consequentemente a responder pelas suas violações.

Em synthese, pois, é a natureza e modo de formação do direito internacional que explica o character objectivo da responsabilidade internacional e legítima a imputabilidade do estado que viola os preceitos do direito internacional sem attenção á culpa que possa acompanhar a violação. O dolo ou culpa podem aggravar a violação, mas mesmo sem elles existe legitimamente a responsabilidade.

162. A responsabilidade internacional do estado pode assumir duas formas principaes — directa e indirecta.

a) *Responsabilidade directa.* É directa a responsabilidade provinda de *factos proprios* do estado ou de *factos não proprios* praticados dentro da sua jurisdicção por simples particulares.

Esta forma de responsabilidade abrange em primeiro logar as violações do direito internacional praticadas pelo governo e

funcionarios do estado. Que a responsabilidade directa por actos proprios abrange os actos de governo, é evidente, pois que o governo é órgão immediato do estado. Ainda é evidente que essa responsabilidade attinge os actos de qualquer funcionario quando, embora contrarios ao direito internacional, sejam conformes ao direito interno. Em tal caso, o funcionario cumpre o seu mandato legal. Quando, porém, o funcionario excede o seu mando e pratica um acto illicito ainda contra o direito interno, em rigor já se não trata dum acto proprio do estado, pois que este não auctoriza naturalmente os actos que não entrem nas attribuições legaes dos seus funcionarios. Em todo o caso, estes apparecem nas relações internacionaes como representantes do estado e porisso os seus actos se suppõem actos do mesmo estado para o effeito de vincular a sua responsabilidade perante os outros estados.

A responsabilidade directa por factos não proprios do estado abrange os actos praticados por particulares dentro da jurisdicção de estado e contrarios ao direito internacional. A responsabilidade funda-se na circumstancia do estado lesado não poder exercer a sua jurisdicção na esphera soberana do estado local e este não evitar ou reprimir esses actos. O acto material lesivo do direito internacional não é praticado pelo estado, mas este é chamado a responder por elle ou por não ter procurado evitá-lo ou por não o ter reprimido convenientemente.

b) *Responsabilidade indirecta.* A responsabilidade indirecta comprehende os actos praticados por um estado representado por outro estado nas relações internacionaes. É o que se dá com os estados protegidos e vassallos, a quem são imputaveis os actos lesivos de direito internacional por elles praticados, sendo, porém, chamados a responder por elles os estados pro-

tectores ou suseranos, por virtude da situação especial creada pelo protectorado e pela vassallagem.

Para rematar estas ligeiras indicações ácerca da responsabilidade internacional do estado, nas quaes apenas resumimos algumas das ideias apresentadas por ANZILOTTI no seu bello livro — *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale* — diremos que a reparação a que estado seja obrigado por se verificar a sua responsabilidade e que desta é uma consequencia será determinada em cada caso pela natureza da violação. Assim, consistirá na reforma da legislação interna, numa indemnização pecuniaria, numa explicação diplomatica ou na punição dum funcionario ou dum particular, consoante o character do acto lesivo do direito internacional.

SECÇÃO III

Fôrma geral da organização da sociedade internacional
e órgãos das relações internacionaes

§ I

Fôrma da organização da sociedade internacional ¹

SUMMARIO : — 163. A comunidade internacional como associação livre de estados independentes unidos pela solidariedade das suas tendencias e dos seus interesses. — 164. Principios juridicos fundamentaes reguladores da comunidade internacional.

163. Do que deixamos dicto ácerca da constituição historica do direito internacional e dos direitos fundamentaes do estado, resulta naturalmente a fôrma de organização que hoje reveste a comunidade internacional. O progresso social eliminou a tendencia para o isolamento hostil, produziu a successiva e cada vez mais accentuada approximação pacifica dos estados e creou, entre aquelles que attingiram ou excederam um certo grau de civilização, uma communhão de interesses tão intensa e uma mutualidade de relações tão necessaria, que os constituiu numa comunidade indispensavel á sua conservação e ao seu desinvolvimentó, emquanto, por seu lado, o progresso juridico e politico trouxe o reconhecimento da inde-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 265 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pag. 9; FIORE, *Diritto int. codificato*, pagg. 3 e segg.; HOLTZENDORFF, *Introduction*, pagg. 34 e segg.; etc.

pendencia e da egualdade dos estados, ao mesmo tempo que neutralizou as tendencias para a formação dum estado universal que pudesse absorver e destruir as demais individualidades politicas nacionaes, resultando do duplo trabalho historico da criação de relações pacificas entre os povos e da internacionalização dos interesses e da vida dos estados civilizados, bem como da affirmação da sua personalidade soberana e independente, a condição de autonomia solidaria em que hoje vivem as sociedades mais adiantadas em civilização. A integração da independencia e da solidariedade deu, com effeito, em resultado a fórma de organização que actualmente reveste a comunidade internacional, a qual se apresenta, segundo as palavras de DE MARTENS, sob o aspecto duma — *associação livre de estados independentes, unidos pela solidariedade das suas tendencias e dos seus interesses, associação baseada sobre o inteiro respeito da situação de cada povo e regulada pelo direito internacional.*

É característico, pois, o laço de organização da sociedade dos estados, o vinculo *constitucional* que une os seus membros. Não é um vinculo de subordinação a um poder superior, que dirija soberanamente as relações internacionaes, mas, digamos assim, um vinculo de livre e mutua subordinação, um vinculo de contractualidade determinada pela solidariedade de interesses e de tendencias, segundo o qual os estados coexistem e cooperam num regimen de reciprocidade de direitos e obrigações, em que, sem nenhum delles se considerar superior ou inferior, mas, julgando-se todos eguaes, harmonizam a sua autonomia com as necessidades da vida em *commum*.

164. Conhecido o processo da formação historica da sociedade dos estados e determinada a natureza geral da sua organização actual, torna-se facil estabelecer os principios que,

fundamentalmente, presidem ás relações internacionaes. Esses principios, tomando por guia a grande auctoridade de MARTENS, podem formular-se do modo seguinte :

a) A comunidade internacional é uma ordem juridica estabelecida entre as nações e destinada a salvaguardar a liberdade de acção de cada estado tendo em conta os direitos e os interesses dos outros estados, não se devendo ver nella um poder superior que decide da sorte das nações e lhes impõe o caminho da sua conducta.

b) Os estados conservam nas suas relações com os outros estados os seus interesses distinctos, as suas ideias juridicas, as suas opiniões moraes, em summa, o conjuncto de traços particulares que servem de expressão á sua vida nacional, devendo cada povo pensar sempre nas proprias conveniencias e defender vigorosamente a sua autonomia, convencido de que entra na comunidade internacional para dar satisfação mais completa aos seus interesses e alcançar o desinvolvimento integral da sua individualidade e de que a mesma comunidade não destroe o caracter individual das nações e até iria de encontro ao seu fim se não assegurasse as conveniencia e a independencia dos seus membros.

c) Não é, consequentemente, um estado obrigado a despendar, em beneficio da comunidade internacional, os recursos materiaes que lhe são necessarios, o que em nada prejudica essa comunidade, fundada na ideia de assistencia mutua, sendo certo que o facto duma nação dar satisfação plena ás suas necessidades aproveita evidentemente ás outras nações, já que, só vigorizando a sua individualidade nacional, poderá um estado ser factor efficaz dos progressos da sociedade internacional.

d) A comunidade internacional abrange na esphera da sua acção protectora a integridade dos interessses de cada nação e, porisso, é garantida não só dos estados que a for-

mam, mas ainda das classes sociaes e dos individuos de que cada um desses estados se compõe, assegurando a todos, estados, grupos sociaes e individuos, o exercicio da sua actividade.

e) A acção internacional do estado suppõe a communidade internacional tanto em tempo de paz, para a realização normal da sua actividade, como em tempo de guerra, para limitar a acção dos belligerantes á consecução do fim que não pode ser obtido pacificamente e para que, mesmo dentro dessa restricção, se respeitem certos usos e principios, a fim de que as hostilidades se não volvam no reinado absoluto da força bruta.

f) Nas suas relações mutuas, os povos devem proceder sempre na persuasão de que a communidade internacional existe em proveito do estado e de que, reciprocamente, o estado existe em proveito da communidade internacional.

g) A intelligencia reciproca e o accordo mutuo dos estados é o melhor meio de esclarecer os direitos, os deveres e a missão dos membros da communidade internacional ¹.

Estes principios, cujo alcance e decidido valor são incontestaveis, definem bem a communidade internacional como organização juridica que harmoniza a autonomia de cada estado com a solidariedade existente entre os membros da familia das nações e contêm as leis do equilibrio progressivo dos povos. O ultimo principio é um corollario importantissimo da natureza geral da communidade internacional, pois, sendo esta uma união livre de estados eguaes, é o accordo entre estes que deve constituir o processo natural de formular os preceitos reguladores da sua conducta. Daqui se infere immediatamente

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg 265 a 274.

qual seja o valor dos tratados na economia do direito internacional como fôrma de traduzir claramente o accordo dos estados e de fixar os preceitos disciplinadores das suas relações. Diremos, porisso, em capitulo especial o que nos pareça indispensavel para bem se comprehender o alcance de tão importante instituição do direito internacional.

§ II

Dos órgãos das relações internacionaes em geral e em especial dos chefes do estado e dos ministros dos negocios estrangeiros ¹

SUMMARY : — 165. Considerações geraes ácerca dos órgãos das relações internacionaes. — 166. O chefe do estado como representante da nação e dirigente das suas relações exteriores. — 167. O chefe do estado em país estrangeiro. Immunidades e prerogativas que o acompanham. — 168. Extensão das immunidades dos chefes do estado ás pessoas da sua familia e do seu sequito. — 169. Ministros dos negocios estrangeiros. Funções por elles exercidas na direcção das relações internacionaes.

165. A medida que os estados civilizados progressivamente se constituiram em sociedade internacional pela creação successiva duma intensa reciprocidade de relações e interesses, foram naturalmente apparecendo órgãos que exercessem as

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, pagg. 406 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 367 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 268 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 463 e segg.; BLUNTSCHLI, *ob. cit.*, §§ 126 segg.; FIORE, *ob. cit.*, artt. 386 e segg.; *Annuaire de l'Institut de droit international*, tom. XI, pagg. 408 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 324 e segg.; etc.

funções de direcção dessas relações e da realização desses interesses. Os órgãos para esse effeito creados ou adaptados formam dois grandes grupos, uns pertencentes a um determinado estado mas exercendo attribuições que respeitam ás relações internacionaes, como são os chefes dos estados, os ministros dos negocios estrangeiros, os agentes diplomaticos e os agentes consulares, e outros que são já órgãos da communitade internacional e destinados immediatamente á organização e realização dos interesses da sociedade das nações, taes como os congressos, as conferencias, as commissões e officios internacionaes e os tribunaes arbitraes. Dos dois grupos de instituições nos occuparemos nas paginas seguintes, estudando o problema da sua creação ou da sua adaptação ás relações internacionaes e o problema da sua função na sociedade dos estados.

166. As sociedades organizam-se politicamente em estados e ao estado dá unidade organica o seu chefe, seja qual for o titulo empregado para designar a pessoa a quem é confiada a auctoridade suprema, como *imperador, rei, presidente* ou *principe*, e seja um individuo ou uma collectividade, como um *directorio* ou *conselho federal*, a entidade que exerce semelhante auctoridade.

Mes o chefe do estado, ao mesmo tempo que dá unidade ao organismo politico nacional, é o representante supremo da nação nas suas relações exteriores. Independentemente da origem que possa ser attribuida ao seu poder e da extensão que a este conceda a constituição de cada povo, o chefe do estado exerce, em verdade, sempre essa função de suprema representação do seu país perante o estrangeiro e dirige todas as relações com os outros estados.

Esta representação do estado nas relações internacionaes, que, afinal, foi um producto natural das suas funções, trans-

formou a magistratura suprema das nações num órgão da sociedade internacional, pela sua adaptação a uma função nova creada pelo progresso da civilização. E a representação pelo chefe do estado foi a mais antiga e o ponto de partida de todas as demais fórmulas de representação dos povos nas suas mútuas relações, pertencendo-lhe, por isso, lógica e historicamente, o primeiro lugar no estudo da representação internacional e dos órgãos que a realizam.

A consequencia immediata de o estado ser representado no exercicio da sua acção internacional pelo seu chefe supremo é a necessidade de tornar conhecido das nações estrangeiras o caracter de que este é revestido e dahi derivou o costume de notificar oficialmente ás potencias a elevação ao throno dos chefes soberanos ou a eleição dos presidentes das republicas. Esta notificação é habitualmente motivo de affirmações reciprocas de propositos pacíficos e de congratulações ao novo chefe de estado.

Outra consequencia é que o direito de representação pertence áquella entidade que de facto se encontrar revestida do poder supremo, tornando-se indifferente o modo por que seja adquirido esse poder. Em virtude do principio de não-intervenção, os estados estranhos devem abster-se de se intrometter nas questões internas duma nação e acceitar como seu representante o chefe que, segundo os factos, estiver na posse real do poder, ou esse chefe seja considerado como um usurpador ou como estando na posse dum governo legitimo. O chefe de facto personifica a unidade do estado e representa este na sua vida exterior.

O exercicio do direito de representação pelo chefe do estado, que se revela, entre outros casos, na nomeação de agentes diplomaticos e consulares, na direcção das negociações politicas com as outras nações, na conclusão de tratados, na declaração de guerra, na celebração da paz e na concessão do

exequatur aos consules estrangeiros, é mais ou menos livre segundo a organização politica de cada país. Nas monarchias absolutas será o poder de representação do chefe do estado mais latitudinario que nas monarchias constitucionaes e nestas mais amplo do que nos países republicanos. A medida desse poder determina-se pela maior ou menor intervenção dada aos poderes publicos na direcção das relações exteriores attribuida ao chefe do estado. Assim, nas monarchias constitucionaes, como é a nossa, essa direcção é exercida por meio de ministros responsaveis ¹, com o concurso do parlamento em certos casos ² e, por vezes, mediante consulta do Conselho de Estado ³.

Mas, com mais ou menos poder, o chefe do estado exerce sempre o direito de representação e é um órgão effectivo das relações internacionaes.

Na qualidade de representante da nação, tem o chefe do estado, enquanto se conserva no país, direito ás honras conformes á 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. Fóra do país, cerca o o direito internacional de certas immunities e prerogativas que passamos a determinar.

167. Quando o chefe dum estado se encontra em país estrangeiro, alem de gosar das honras devidas á dignidade e á independencia do povo que representa, é isento, a certos res-

¹ Carta Constituioinal, art. 75.º §§ 6.º, 7.º, 8.º, 9.º e 14.º, e artt. 102.º a 105.º

² Carta cit., art. 75.º, § 9.º; Acto add. de 1852, art. 10.º

³ Carta cit., art. 110.º

peitos, 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 circumstancias, 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, contudo, 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 character 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*. — Os chefes de estado em país estrangeiro são isentos pela pratica internacional das contribuições publicas de character mais ou menos pessoal, isto é, daquellas que supõem no contribuinte a qualidade de subdito, ao menos temporario, do estado que as recebe, como acontece, por exemplo, com as capitagões e com as decimas de guerra, bem como de direitos aduaneiros, em razão de semelhantes contri-

buições 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. Comtudo, a independencia 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 politicos 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 atenções 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 permittindo as conveniencias internacionaes que nos tribunaes dum estado seja accusado e condemnado o chefe dum outro estado. E, de resto, tem a questão do procedimento contra os chefes de estado que delinquam em país estrangeiro pouca importancia pratica, sendo anomalias tão raras os factos que ella suppõe,

que se pode aceitar sem receio o principio que os isenta da jurisdicção criminal da nação onde casualmente se encontrem.

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.

Distinguiu-se naturalmente entre as acções em que um chefe de estado fosse *auctor* daquellas em que elle fosse *reu*.

Quanto ás primeiras, entendeu-se que nenhuma razão havia para que um chefe de estado não pudesse demandar os seus devedores perante os tribunaes estrangeiros, reconhecendo-se a competencia 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 intentadas 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 lugar.

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 país e pela pratica de actos relativos ao

exercício 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 país 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 estado 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 aceita voluntariamente a competencia do tribunal e d) as acções de perdas e damnos 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 character privado, deve observar-se que, praticamente, os tribunaes precisam de proceder com toda a pru-

¹ *Annuaire de l'Institut*, tom. xi, pag. 436, e *Tableau général*, pag. 117.

dência, para evitar a apreciação dos actos de soberania dos chefes de estado e para não crear difficuldades ao governo do seu país.

168. 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 país 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 país exercem direitos de jurisdicção, claro é que tambem os não podem exercer em país 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.

169. A direcção das relações exteriores, constitucionalmente attribuida ao chefe do estado, é exercida por um secretario de estado, que, como seu mandatario immediato, representa o orgão intermediario entre o governo do país e as nações estrangeiras. Nos estados civilizados ha quasi sempre um secretario de estado encarregado exclusivamente da direcção das relações exteriores e em geral com o nome de *ministro dos negocios estrangeiros*, o qual dá unidade á acção internacional do estado e dirige uma secretaria, o *ministerio dos negocios estrangeiros*, que constitue o officio central das relações do estado com as potencias.

São multiplices e melindrosas as attribuições do ministro dos

negocios estrangeiros, pois se referem a toda a vida exterior do estado e envolvem a difficil tarefa de promover e defender os interesses nacionaes por maneira que o seu país possa encontrar nas relações exteriores o complemento natural da sua vida interna e, sem sacrificio dos proprios direitos, conservar-se em paz e amizade com as nações estrangeiras

Semelhantes attribuições consistem naturalmente em relacionar o governo do país com os governos estrangeiros, fomentar e assegurar os interesses exteriores da nação e proteger os nacionaes que se encontrem fóra do país, competindo-lhe, no exercicio dessas attribuições: *a)* propôr ao chefe do estado a nomeação dos agentes diplomaticos e dos consules enviados para os países estrangeiros, dar-lhes as instrucções necessarias ao cumprimento da sua missão e notificar aos governos daquelles países a sua nomeação ou exoneração, receber e apresentar ao chefe de estado os agentes diplomaticos estrangeiros e fazer respeitar a sua independencia e os seus privilegios; *b)* conferenciar com os agentes diplomaticos dos outros estados, ouvir as suas propostas e reclamações, responder-lhes convenientemente, discutir com elles os interesses e direitos da nação, conduzindo a bom fim as negociações diplomaticas, e velar pela fiel execução dos tratados; *c)* proteger os interesses politicos, economicos e commerciaes do seu país no estrangeiro, bem como os nacionaes ahi estabelecidos; *d)* mandar redigir os actos publicos emanados do chefe do estado e relativos aos negocios exteriores, como os tratados, as declarações de guerra, os manifestos, etc., e responder ás notas officiaes estrangeiras; *e)* legalizar os documentos que devam ser apresentados no estrangeiro ou os que, exarados no estrangeiro, devam ser produzidos no país; *f)* superintender, finalmente, em todos os serviços relativos á direcção das relações exteriores.

Sob a direcção superior do ministro dos estrangeiros, está, como já dissemos, uma secretaria de estado independente, á qual pertence a administração central das relações externas e a que se dá o nome de ministerio dos negocios estrangeiros, o qual, embora varie de país para país nos detalhes da sua organização, tem por toda a parte numerosos pontos de semelhança, devido á analogia dos serviços que lhe são attribuidos. Apresentaremos apenas alguns traços da sua organização no nosso país.

Entre nós foi a secretaria dos negocios estrangeiros creada pelo alvará de 28 de julho de 1736, tendo sido por muitas vezes modificada, depois dessa data, a sua organização, e remodelada ultimamente pelo decreto de 24 de dezembro de 1901. Segundo este decreto, é a secretaria dividida na Direcção geral dos negocios politicos e diplomaticos, na Direcção geral dos negocios commerciaes e consulares, e no Gabinete do ministro, e funciona junto do ministerio ainda a 8.^a repartição de contabilidade, que faz parte do quadro da Direcção geral da contabilidade publica. As duas Direcções geraes e o Gabinete são subdivididos, a primeira na Repartição dos negocios politicos e Repartição do protocolo e pessoal diplomatico, a segunda na Repartição dos negocios commerciaes e Repartição da administração consular e pessoal consular, e o terceiro na Repartição do gabinete e na Repartição do expediente. As Direcções geraes e o Gabinete são geridos respectivamente por directores geraes e pelo chefe do Gabinete, exercendo aquelle dos directores geraes que for escolhido pelo ministro as funcções de secretario geral do ministerio, o qual, sob a superintendencia do mesmo ministro, dá unidade aos serviços da secretaria, e as differentes Repartições são geridas por chefes de repartição, sendo de notar que o chefe do Gabinete é ao mesmo tempo chefe da repartição do Gabinete, que entre os chefes de repartição das Direcções geraes são escolhidos

pelo ministro os seus subdirectores, e que, subordinados aos funcionarios indicados e sob a sua direcção mediata ou immediata, trabalham outros funcionarios e empregados que realizam os serviços da secretaria.

É por meio duma secretaria organizada por esta ou por outra fórma semelhante que os ministros dos negocios estrangeiros exercem a administração central das relações exteriores e dirigem a acção internacional do estado. Taes ministros, se bem que pertencentes a um estado determinado, exercem funções de character internacional, podem dizer-se órgãos da sociedade internacional, e as secretarias que elles dirigem são officios centraes postos á sua disposição para os auxiliarem no exercicio da sua actividade, no sentido de promoverem e defenderem no estrangeiro os interesses do seu país em harmonia com os interesses e direitos dos outros estados.

§ III

Agentes diplomaticos ¹

SUMMARIO : — 170. Direito de legação. Sua noção geral. Desenvolvimento historico. O apparecimento das legações permanentes e a formação do conceito do corpo diplomatico. — 171. Direito de legação activa e direito de legação passiva. Estados a que pertence e caracter que reveste cada um desses direitos. — 172. Classificação geral dos agentes diplomaticos. — 173. Organização do corpo diplomatico. — 174. O corpo diplomatico como conjunto dos enviados de cada estado. Composição do corpo diplomatico portuguez. — 175. Organização das legações permanentes e recrutamento do pessoal diplomatico. — 176. Investidura dos agentes diplomaticos : as *credenciaes*. Outros papeis que dirigem o exercicio das suas funcções ou lhes asseguram a liberdade de transito : instrucções, plenos poderes, passaportes e salvo-conductos. — 177. Funcções dos agentes diplomaticos. Seus deveres para com o estado que os envia, para com o estado onde são acreditados e para com terceiros estados. — 178. Prerogativas dos agentes diplomaticos. a) A inviolabilidade. Seu significado e extensão. — 179. b) A exterritorialidade. Seu conceito e valor geral. Suas mais importantes manifestações no direito internacional positivo : 1.º immunidadade local ; 2.º immunidadade de jurisdicção policial e criminal ; 3.º immunidadade de jurisdicção civil ; 4.º immunidadade de jurisdicção fiscal ; 5.º immunidadade em materia religiosa ou direito de culto domestico. — 180. Pessoas a quem são attribuidas as immunidades diplomaticas. — 181. Fundamento destas immunidades e tendencias para a sua limitação. — 182. Situação juridica dos agentes diplomaticos em relação a terceiros estados. — 183. Suspensão e fim das missões diplomaticas.

170. As relações successivamente creadas entre os estados determinaram a necessidade de estes se fazerem repre-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 21 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg.

sentar junto uns dos outros, para harmonizar o seu procedimento na prosecução dos interesses communs, para melhor realizar a sua acção exterior e para aplanar as mil difficuldades que nascem da vida internacional. Dessa necessidade derivou para os estados o *direito de representação, de legação ou de embaixada*, ou seja a faculdade de mutuamente se enviarem mandatarios, que promovam e defendam os seus interesses e dêem regularidade ás suas relações reciprocas; derivaram as *legações, missões diplomaticas* ou *embaixadas*, instituições adequadas ao exercicio daquelle direito; e derivou a criação dos *ministros publicos* ou *agentes diplomaticos*, os órgãos encarregados de effectuar aquella representação e que traduzem junto dos governos estrangeiros o pensamento e a vontade do estado a que pertencem.

O direito de legação apresenta na historia das relações internacionais duas phases caracteristicas, uma de *missões temporarias*, em que os estados apenas se enviavam ministros publicos ou agentes diplomaticos para fins especiaes e determinados, realizados os quaes findava a missão e o ministro ou ministros regressavam ao seu país, e outra de *missões permanentes*, em que os estados passaram a conservar junto uns dos outros uma representação constante e a enviar agentes diplomaticos por tempo indeterminado e com competencia geral para defende-

380 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 238 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 394 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. III, pagg. 15 e segg.; BLUNTSCHLI, *ob. cit.*, §§ 159 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, art. 386 e segg.; GAMA LOBO, *ob. cit.*, pagg. 131 e segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 141 e segg.; ALPHONSE DE HEYHRING, *L'exterritorialité*, Paris, 1889; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 11, pagg. 394 e segg., vol. 12, pagg. 360 e segg., e vol. 14, pagg. 203 e segg.; LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *ob. cit.*, pagg. 377 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 335 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 278 e segg.; etc.

rem os seus direitos e interesses e imprimirem a necessaria regularidade ás suas mutuas relações.

A primeira phase abrange a antiguidade e toda a idade-media, sendo só nos fins do seculo XV que se accentua e começa a generalizar o uso das legações permanentes, uso que, contudo, já tinha os seus precedentes na idade-media, na pratica de a Santa Sé nomear plenipotenciarios permanentes, chamados *apocrisarii* e *responsales*, encarregados de a representarem junto dos reis francos e da côrte bysantina, e nas embaixadas das republicas italianas, principalmente da republica de Veneza, as quaes, no dizer de RIVIER, organizaram, a partir do seculo XIII, a verdadeira representação diplomatica. O uso das missões permanentes, começando por estabelecer-se sobretudo entre países vizinhos unidos pela communhão dos interesses politicos, foi progressivamente ampliado pelas relações crescentes dos estados europeus, até que a paz de Westphalia, consolidando o systema do equilibrio europeu, o fixou definitivamente. Desde os fins do seculo XVII as legações permanentes foram acreditadas e recebidas por todos os estados mais importantes.

Com a organização e generalização das legações permanentes formou-se o habito de considerar a reunião dos agentes diplomaticos junto dum mesmo estado como um corpo constituído, a que se deu o nome de *corpo diplomatico*, mais um signal de que os estados da Europa se convenceram de que faziam parte dum só systema politico e duma só communitate internacional. Semelhante modo de considerar o conjuncto dos agentes diplomaticos acreditados junto dum estado ainda hoje prevalece e o corpo diplomatico, se não tem existencia e organização juridica ou politica, revela uma clara solidariedade entre os seus membros, que por muitas vezes fazem em commum as suas reclamações e em commum defendem as suas immunidades por intermedio do mais elevado em categoria e

em antiguidade, que procede e fala em nome de todos, embora se trate de interesses que apenas digam respeito a um dos estados representados ou tenham sido violadas simplesmente as imunidades dum dos representantes.

171. O direito de legação apparece sob dois aspectos differentes, segundo se considera como faculdade de acreditar agentes diplomaticos junto dos outros estados, a que os auctores chamam direito de legação *activa*, ou como faculdade de receber os enviados das potencias estrangeiras, que se denomina direito de legação *passiva*.

a) *Direito de legação activa*. O direito de legação activa é um dos attributos fundamentaes da soberania e, porisso, pertence naturalmente a todos os estados soberanos. Sendo, porém, verdade, que os estados soberanos podem ser simples ou compostos, que os estados meio-soberanos podem, por vezes, exercer algumas funcções da soberania externa sob a tutela do estado suserano ou protector, que deve ser especial, a respeito do direito de legação, a condição dos estados soberanos que não fazem parte da communitate internacional, e que a Santa Sé, embora não seja um estado depois da suppressão do poder temporal, continua a enviar agentes diplomaticos, torna-se indispensavel determinar qual seja em cada um destes casos o modo de ser da representação diplomatica.

1.º) *União pessoal e união real*. Na união pessoal conserva cada um dos estados da união a plenitude da soberania interna e externa e, porisso, tambem possui o direito de legação. Na união real, ao contrario, existe apenas uma personalidade internacional, pelo que só o estado composto, a união, possui aquelle direito.

2.º) *Confederação de estados e estado federal*. Na confederação pertence o direito de legação cumulativamente a cada um dos estados associados relativamente aos seus interesses

particulares e ao poder central relativamente aos interesses communs, podendo, porém, os estados confederados renunciar a esse direito em favor do poder central, como fizeram os cantões suíços em 1815, ou o poder central não exercer regularmente o mesmo direito, como o fez a Dieta germanica, a qual, tendo o direito de enviar e receber agentes diplomaticos, nunca organizou legações permanentes. No estado federal só ao poder central pertence o direito de legação, pois é o mesmo estado federal que possui a soberania e a exerce na organização da representação diplomatica. É, porém, de notar que alguns dos estados que compõem o imperio allemão, sobretudo a Baviera, exercem o direito de legação, dando-se assim a singularidade de num estado federal esse direito ser tambem attribuido aos estados particulares. Esta singularidade foi um producto das condições historicas em que se formou o imperio e da influencia exercida pela anterior organização confederativa.

3.º) *Estados meio-soberanos.* Estes estados, cuja caracteristica fundamental é a privação da soberania externa, não podem, em principio, gosar do direito de representação. A sua situação é, porém, definida no acto de vassallagem ou de protectorado, sendo aliás, certo que, em geral, elles são privados daquelle direito.

4.º) *Estados que não fazem parte da comunidade internacional.* O direito de legação representa uma creação do direito internacional e, porisso, não pertence naturalmente aos estados que não reconhecem os principios deste direito, e principalmente áquelles que se recusem a receber agentes diplomaticos dos estados civilizados ou que não os cerquem das garantias que lhes são asseguradas pelos usos internacionaes. Verdade seja que os estados de civilização não europeia não sentem muito a necessidade das relações diplomaticas e que só provocados ou até obrigados pelos estados europeus elles

começaram a exercer, em virtude de tratados de amizade, de commercio ou de residencia, o direito de legação. Devido, porém, á politica de aproximação seguida pelas nações europeias, e não falando já da Turquia e do Japão, que são hoje consideradas como fazendo parte da sociedade internacional, alguns estados de civilização não europeia, a China, o Siam e a Persia, acreditam ministros junto das grandes potencias e mesmo junto dalgumas potencias secundarias que junto delles se encontram tambem representadas. Em Portugal, por exemplo, são acreditados ministros por Siam e pelo Japão ¹. Observaremos ainda que o Imperio de Marrocos, embora muitos estados estejam representados diplomaticamente em Tanger, não envia nenhuma missão permanente.

5.º) *Santa Sé*. A santa Sé, que, segundo vimos, occupa nas relações internacionaes uma situação muito especial, embora não seja um estado, exerce o direito de representação, sendo concedidos aos seus enviados o character e as prerogativas de verdadeiros agentes diplomaticos, devendo, porém, notar-se que os estados não catholicos não recebem agentes diplomaticos da Santa Sé, embora alguns desses estados hajam tido (Russia) ou ainda tenham (Allemanha) representação diolomatica junto do Vaticano.

O direito de representação é exercido em cada estado pelo poder especialmente designado pela constituição. Em geral é o seu exercicio attribuido ao chefe do estado, ou só, como acontece entre nós ², ou de accordo com os representantes do poder legislativo, como acontece nos Estados Unidos, onde o presidente nomeia os embaixadores ou outros ministros pu-

¹ *Annuario diplomatico e consular*, de 1903, pagg. 43 e segg.

² Carta const., art. 75.º

blicos e os consules sobre parecer e com o consentimento do senado ¹.

O exercicio do direito de representação constitue uma condição da existencia e do desinvolvimento dos estados civilizados e, porisso, nenhum estado pode impedir que os outros o pratiquem livremente. Mas esse exercicio chega a ser para cada estado uma verdadeira obrigação diante das exigencias da comunidade internacional. Renunciar ao direito de representação, equivaleria a sair da familia das nações e a perder o gozo das garantias do direito internacional.

b) *Direito de legação passiva*. O direito de receber agentes diplomaticos pertence a todos os estados que têm a facultade de os enviar. Este principio soffre apenas algumas modificações em relação aos estados meio soberanos, aos estados estranhos á comunidade internacional e á Santa Sé. Quanto aos estados meio-soberanos, embora não possuam o direito de legação passiva, as potencias têm por vezes junto delles, como acontece na Bulgaria e no Egypto, consules geracs com o titulo de agentes diplomaticos, que, contudo, não gosam das prerogativas dos enviados qua-taes; quanto aos estados que não são membros da sociedade das nações, a pratica internacional considera-os como susceptiveis do gozo do direito de legação passiva, no qual se tem visto até um meio de fazer entrar esses estados no convivio dos povos de civilização mais adiantada; e quanto á Santa Sé, recebe o pontifice agentes diplomaticos como se fôra chefe dum estado soberano e mesmo de estados junto dos quaes não acredita enviados seus.

Mas existirá para os estados que gosam do direito de legação passiva a obrigação de receber os agentes diplomaticos para junto delles enviados? Nem todos os auctores respondem

¹ Const. de 1787, cap. II, secç. 2.^a, art. 2.^o

affirmativamente, mas, sob o ponto de vista da communitade internacional, a resposta não pode deixar de ser affirmativa. Se os estados civilizados são membros duma mesma sociedade, devem necessariamente conservar relações regulares e as missões diplomaticas permanentes constituem o meio principal de conseguir esse resultado. Por semelhante razão, o estado que se recusasse a receber os agentes diplomaticos dos outros países, não só se exporia a medidas de retorsão, mas collocar-se-ia fóra da sociedade internacional e fóra da protecção do direito internacional. O mesmo não pode dizer-se dos estados que não fazem parte do systema politico das nações civilizadas. Estando fóra da communitade internacional e não lhes sendo applicaveis os principios do direito internacional europeu, não existe para elles a obrigação juridica de receberem os enviados diplomaticos dos países com os quaes não desejem entrar em relações. É porisso que os estados de civilização europeia tẽem procurado estabelecer por meio de tratados a sua representação diplomatica junto daquelles estados.

Cumpre, comtudo, observar que, se os estados civilizados são obrigados a receber mutuamente agentes diplomaticos, não tẽem o dever de acceitar como enviados quaesquer personagens, sendo-lhes reconhecido o direito de rejeitar aquellas que, pelos seus precedentes ou por quaesquer motivos, lhes não pareçam revestir as qualidades necessarias para merecerem a sua confiança. Daqui derivou o uso tradicional, seguido por grande numero de estados, de os governos, antes de enviarem tal ou qual agente diplomatico, consultarem confidencialmente o governo junto do qual tencionam acreditar-lo sobre se elle será bem recebido, se será *persona grata*, não se exigindo mesmo, em geral, que a resposta negativa seja acompanhada duma precisa exposição de motivos.

Relativamente ás qualidades que devem revestir as pessoas dos enviados, para estes não serem rejeitados pelos governos

junto dos quaes se pretende acreditá-los, podem formular-se as seguintes regras :

1.º) Um governo pode recusar-se a receber um nacional como representante diplomatico dum estado estrangeiro. A maior parte dos estados pratica esta regra, por virtude da impossibilidade, ou pelo menos grande difficuldade, de conceder aos nacionaes que sejam enviados dos outros países as prerogativas de que, em geral, gosam os agentes diplomaticos.

2.º) Não são acceitos como agentes diplomaticos os individuos que publicamente, por actos ou por palavras, se mostram adversarios declarados do governo junto do qual se pretenda acreditá-los.

3.º) Podem ser recusadas como enviados as pessoas que pela sua situação social, ou por virtude dos direitos que possuem, podem despertar a desconfiança do governo junto do qual sejam acreditados. É assim que o papa não aceita os cardeaes como enviados diplomaticos, pelo facto de elles serem *ex-officio* membros da curia romana, e que, como notam DE MARTENS e RIVIER, os governos dos estados catholicos poderão recusar-se a receber os cardeaes romanos como agentes diplomaticos da Santa Sé, em virtude da sua situação preponderante de principes da Igreja.

4.º) O uso não permite representarem-se officialmente os estados por pessoas da sexo feminino. Embora haja exemplos historicos de missões diplomaticas desempenhadas por mulheres, como foi a conhecida *paz das damas* concluida em Cambrai, em 1529, por Margarida de Austria e Luísa de Saboia e a embaixada exercida pela condessa de Guébriant na Polonia, ali acreditada por Luís XIV em 1646, e embora as reivindicações feministas possam, num futuro mais ou menos remoto, conduzir a um modo de pensar differente do actual, a verdade é que hoje nenhum governo pensa em as acreditar

como embaixadoras ou em as enviar aos congressos de diplomatas.

172. Até ao seculo xvii, isto é, antes da generalização e fixação das legações permanentes, os estados europeus apenas conheciam uma classe de agentes diplomaticos — os *embaixadores*. Posteriormente, todavia, começaram a ser nomeados agentes diplomaticos designados por outros titulos, como o de *residentes* e o de *encarregados de negocios*, os quaes, como os embaixadores, eram acreditados junto das potencias estrangeiras e desempenhavam as funcções de representantes officiaes dos soberanos. Os representantes do papa não differiam, por seu lado, dos demais enviados, senão porque lhes eram concedidas honras mais elevadas. Ora, porque as relações juridicas entre uns e outros representantes não estavam devidamente reguladas, tornavam-se frequentes as questões e os conflictos de categoria e de precedencia, questões que, por muitas vezes, se transformavam em disputas irritantes acerca da honra e da dignidade dos soberanos por elles representados, pelo que o congresso de Vienna procurou pôr termo a todas as difficuldades elaborando um regulamento, com data de 19 de março de 1815 ¹, onde foi feita a classificação dos agentes diplomaticos e estabelecida a ordem da sua precedencia do seguinte modo :

- 1.º Embaixadores, legados ou nuncios.
- 2.º Enviados, ministros ou outros acreditados junto dos soberanos.
- 3.º Encarregados de negocios acreditados junto dos ministros dos negocios estrangeiros.

Esta classificação foi modificada pelo protocollo do congresso

¹ BORGES DE CASTRO, *Collecção de tratados*, tom. v, pag. 235.

de Aix-la-Chapelle, de 21 de novembro 1818, no qual as potencias crearam mais uma classe de agentes diplomaticos, a dos *ministros residentes*, de categoria superior á dos encarregados de negocios e inferior á dos enviados e acreditados junto dos chefes de Estado. Ficaram assim existindo quatro classes de agentes diplomaticos, sendo a terceira formada pelos ministros residentes e passando os encarregados de negocios a occupar o quarto lugar ¹.

Esta classificação foi acceita por todos os estados civilizados e tem conservado até hoje a sua força de lei da sociedade internacional.

Haverá, porém, differenças importantes entre as diversas classes de agentes diplomaticos? Sob o ponto de vista do direito internacional, todos os agentes diplomaticos são entre si eguaes, qualquer que seja a classe a que pertençam, e têm todos o mesmo character e a mesma missão, pois todos são representantes do seu país. E, embora seja certo que o art. 2.º do regulamento de Vienna dizia que só os embaixadores, legados ou nunciôs tinham character representativo, com o que pretendia significar que só elles eram representantes da pessoa do soberano, esse modo de ver exclusivamente monarchico foi posto de parte e hoje todos os agentes diplomaticos se consideram representantes, não do soberano, mas do país que os envia.

As unicas differenças existentes entre as diversas classes de agentes diplomaticos são as differenças de honras e de precedencia. A precedencia determina-se pela ordem das classes, e dentro de cada classe pela data da notificação da chegada do agente diplomatico ao lugar onde exerce as suas funcções.

Apesar, porém, de não existirem differenças juridicas fun-

¹ MARTENS, *Nouveau recueil de traités*, tom. iv, pag. 648.

damentaes entre as diversas classes de agentes diplomaticos, importa fazer algumas indicações especiaes ácerca de cada uma dellas, para bem se comprehender a pratica dos estados na escolha dos seus enviados e para conhecer as relações de precedencia estabelecidas entre os membros do corpo diplomatico acreditado em qualquer país.

A primeira classe comprehende, como vimos, os embaixadores, que, segundo a opinião mais geral, só podem ser enviados pelos estados de honras reaes, e os legados e nuncios, que são os agentes diplomaticos de superior categoria enviados pelo Pontifice. Os legados são — ou *legati a latere*, os escolhidos entre os cardeaes e apenas enviados para o desempenho de missões extraordinarias de grande importancia, como a presidencia dum concilio ecumenico ou a resolução dum conflicto internacional, — ou *legati missi*, os escolhidos fóra do sacro collegio e encarregados tanto de missões temporarias como de missões permanentes, tomando neste ultimo caso o nome *nuncios, nuntii apostolici*. Os nuncios são, assim, *legati missi* de missão permanente e porisso os representantes ordinarios da Santa Sé junto dos governos temporaes. Nos estados catholicos, os nuncios, por antigo uso e por disposição do regulamento de Vienna (art. 4.º), que declarou nada alterar no que respeitava aos representantes do papa, têm precedencia sobre todos os agentes diplomaticos, independentemente da data da notificação da sua chegada, e são, porisso, os decanos do corpo diplomatico. Todos os agentes diplomaticos da primeira classe, bem como os da segunda e terceira, são acreditados junto do chefe do Estado, ao qual entregam pessoalmente as suas credenciaes.

Os agentes diplomaticos de segunda classe são hoje geralmente designados pelo nome de *enviados extraordinarios* e *ministros plenipotenciarios*, embora sejam enviados de missão permanente e possam deixar de ter plenos poderes. Tem se-

melhante nome muito de honorífico e até de contradictório, pois outra cousa não é senão contradicção chamar extraordinario a um enviado a quem é confiada uma missão permanente e chamar plenipotenciarios a ministros a quem se não dão plenos poderes. Na segunda classe entram tambem os *internuncios*, representantes do papa de categoria inferior á dos nuncios. Os internuncios não gosam nos estados catholicos de qualquer precedencia que não seja a que pertence em geral á sua classe e dentro da classe a determinada pela data da notificação da sua chegada. Porisso, só por um acto de deferencia ou de cortesia, poderá um internuncio ser decano do corpo diplomatico. Ainda entram na segunda classe, segundo o direito internacional, os representantes da Santa Sé de categoria inferior aos internuncios e denominados *delegados apostolicos*, que formam um terceiro grau segundo os principios da diplomacia pontificia e foram creados no seculo XIX para representarem a Curia romana nos estados da America latina. Como os internuncios, não gosam de qualquer privilegio de precedencia dentro do corpo diplomatico.

Os ministros residentes vieram formar, como dissemos, pelo protocollo de Aix-la-Chapelle, uma terceira classe de agentes diplomaticos. O congresso de Vienna englobara-os na segunda classe; mas, porque, como acontecia antes do congresso, elles continuaram a ser considerados de categoria inferior á dos enviados extraordinarios e ministros plenipotenciarios, o que originava naturalmente questões de precedencia dentro do corpo diplomatico, o congresso de Aix-la-Chapelle cortou as difficuldades fazendo delles uma classe distincta, em harmonia com a doutrina tradicional. De resto, á parte a questão de precedencia, os ministros residentes tõem os mesmos direitos que os agentes da classe anterior.

A ultima classe é formada pelos encarregados de negocios, que são agentes diplomaticos acreditados pelo ministro dos ne-

gócios estrangeiros dum país junto do ministro dos negocios estrangeiros doutro país.

Os encarregados de negocios ainda podem formar dois grupos. O primeiro grupo é constituído pelos encarregados de negocios *permanentes*, que têm originariamente a categoria de agentes diplomaticos, são acreditados como chefes de legação e entram na composição normal do corpo diplomatico dum país. No segundo entram os encarregados de negocios *interinos*, que substituem os chefes de missão de qualquer categoria na sua ausencia ou no seu impedimento e são por elles apresentados, verbalmente ou por escripto, ao ministro dos negocios estrangeiros junto do qual devem exercer as suas funções.

Os encarregados de negocios do primeiro grupo, á parte as diferenças resultantes das pessoas que os acreditam e junto das quaes são acreditados e do logar que lhes pertence segundo a ordem das precedencias, são em tudo equiparados aos agentes diplomaticos das classes anteriores. Os do segundo, que devem guardar entre si a ordem de precedencia dos agentes que substituem e vêm naturalmente depois dos do grupo anterior, são chefes de missão durante a sua interinidade, assumem a qualidade de agentes diplomaticos e gosam dos direitos e prerogativas que a estes pertencem.

Dos encarregados de negocios devem approximar-se os *consules* a quem seja attribuida, pelo governo do seu país, a categoria de *encarregados de negocios* para o effeito de exercerem attribuições de character diplomatico junto dos governos locais, por virtude de ahi não haver agentes diplomaticos da sua nação.

Os consules encarregados de negocios occupam uma posição intermediaria entre os agentes diplomaticos e os agentes consulares, participando da categoria das duas ordens de agentes. É, todavia, certo que a qualidade consular prevalece sempre nos estados que os consules representam no que respeita á

carreira e á hierarchia, e só poderá prevalecer a qualidade diplomatica nos estados onde estiverem acreditados, se taes estados forem soberanos e quiserem effectivamente fazer prevalecer essa qualidade.

Para se fazer representar diplomaticamente, podem, em principio, os estados de honras reaes escolher livremente agentes de qualquer das classes e os outros estados escolhê-los das tres ultimas, pois que, segundo o direito internacional, tõem os agentes diplomaticos de todas as classes competencia e categoria para representar os estados junto uns dos outros. Todavia, de facto, é uso quasi universal os estados seguirem um principio de reciprocidade, isto é, enviarem agentes diplomaticos da mesma categoria daquelles que recebem. Excepção a este principio de reciprocidade é feita comtudo por alguns estados, como, por exemplo, a Suissa, que recebe da França um embaixador e tem em Paris um ministro plenipotenciario.

Os agentes diplomaticos podem ainda classificar-se sob o ponto de vista da duração e da natureza da sua missão. Quanto á duração, dividem-se em agentes *permanentes* e agentes *especiales* ou *temporarios*. Os primeiros são os acreditados pelos governos junto uns dos outros por tempo indeterminado e encarregados, dum modo geral, de todos os negocios emergentes das suas mutuas relações. Os segundos são encarregados duma missão particular e temporaria, como a assistencia a um congresso diplomatico ou a resolução duma questão determinada que um governo não julgue conveniente entregar ao seu enviado permanente.

Relativamente á natureza da missão, distinguem-se os enviados em *ministros de ceremonias* e *ministros de negocios*, aquelles para missões de mera cortesia, como para representar um governo na coroação dum soberano estranho, e estes para

representar o país no que respeita á defesa dos seus interesses internacionaes.

173. Os agentes diplomaticos duma ou de mais classes acreditados junto dum governo formam, segundo dissemos, o corpo diplomatico, o qual, sem ser uma corporação nem uma pessoa juridica, assenta sobre uma base de solidariedade moral sufficiente para, como imagem viva da comunidade internacional, defender muitas vezes os interesses geraes dessa comunidade, como quando um governo viola os direitos dum enviado, persegue os subditos dum país estrangeiro, etc., e para manter os habitos de cortesia e de respeitosa fraternidade que devem reinar entre os estados da familia das nações. O corpo diplomatico tem por chefe o seu decano, o qual o representa nas occasiões solemnes e trata das questões que lhe interessam no seu conjuncto. O uso attribue o titulo honorifico de decano do corpo diplomatico ao mais antigo enviado de categoria mais elevada. Nos estados catholicos é esse titulo attribuido ao nuncio, qualquer que seja a data da sua chegada. Aos internuncios e delegados apostolicos só por um acto de especial cortesia poderá ser concedido aquelle titulo.

174. Costuma tambem chamar-se corpo diplomatico, num sentido bastante differente, ao conjuncto dos enviados que um estado acredita junto dos governos das differentes nações, sendo em tal sentido que se fala dum corpo diplomatico portugûes, dum corpo diplomatico francês, etc. Diremos, a traços rapidos, qual a organização do corpo diplomatico portugûes.

Esta organização contem-se no decreto de 24 de dezembro de 1901, que é a lei organica do ministerio dos negocios estrangeiros, e no decreto de 8 de agosto de 1903, que remodelou os serviços diplomaticos e consulares no Extremo-Oriente.

Segundo estes decretos, deve Portugal ter dezoito legações

permanentes, as quaes são em Madrid, Paris, Londres, Roma (Santa Sé e Quirinal), Berlim, Rio de Janeiro, Pekim, Bruxellas, Vienna, S. Petersburgo, Haya, Stockolmo, Berne, Constantinopla, Tanger, Washington e Tokio. As sete primeiras legações são dirigidas por chefes de missão de 1.^a classe, a oitava pode sê-lo por um chefe de missão de 1.^a ou de 2.^a classe ¹, e as dez restantes por chefes de missão de 2.^a classe ².

Não equivale, porém, esta divisão em classes á classificação geral dos agentes diplomaticos estabelecida pelo direito internacional, de modo a parecer que Portugal pode enviar sete ou oito embaixadores e onze ou dez ministros plenipotenciaarios. O relatorio que precede o decreto de 1901 e os artigos 33.^o § 3.^o e 36.^o do mesmo decreto mostram claramente que, tanto os chefes de missão de 1.^a classe como os chefes de

¹ Actualmente é dirigida por um chefe de missão de 1.^a classe. (Dec. de 10 de agosto de 1903. *Anuario diplomatico e consular portuguez* de 1904, pagg. 88 e 89.

² Dec. de 24 de dezembro de 1901, artt. 32.^o e 33.^o, e dec. de 8 de agosto de 1903, artt. 1.^o e 2.^o. Segundo o art. 33.^o do decreto de 1901 e art. 2.^o do dec. de 1903, o numero dos chefes de missão deve ser de dezaseis, ao passo que, em harmonia com os §§ 1.^o e 2.^o do art. cit. do primeiro decreto e do art. 1.^o do segundo, o numero de legações é de dezoito, havendo, porisso, um numero de legações superior ao numero dos chefes de missão. Sem ser possivel ver claramente a razão da desarmonia, parece, contudo, que o pensamento do legislador seria não estabelecer de logo as legações de Berne e de Constantinopla, pois estas legações não apparecem dotadas nas tabellas annexas ao decreto de 1901, que aliás as reconhece, e apenas nas «Tabellas da despesa ordinaria e extraordinaria do ministerio dos negocios estrangeiros no exercicio de 1904-1905», approvadas por decreto de 6 de dezembro de 1904, entre as despesas *eventuales* do ministerio, vem dotada, com o nome de *encarregatura da legação de Berne*, uma missão especial gerida por um encarregado de negocios (*Anuario cit.*, pag. 80).

missão de 2.^a classe, são enviados extraordinarios e ministros plenipotenciarios, isto é, agentes diplomaticos do segundo grau em harmonia com o regulamento de Vienna e com o protocolo de Aix-la-Chapelle. Effectivamente, o § 3.^o do artigo 33.^o dispõe que o chefe da legação junto da Santa Sé terá, se o governo o julgar conveniente, a categoria de *embaixador*, o que prova evidentemente que os chefes de missão de 1.^a classe não são embaixadores; o relatorio diz expressamente que ao auctor do decreto pareceu desnecessaria a designação de *ministro residente*, porquanto, sendo essa categoria de agentes diplomaticos uma categoria de transição e servindo apenas para reciprocidade de representação diplomatica, podia ser facilmente substituida, consoante as circumstancias, quer por chefes de missão de 2.^a classe, quer por encarregados de negocios, o que afasta a ideia de que os chefes de missão de 2.^a classe sejam ministros residentes; o artigo 36.^o, finalmente, auctoriza o governo a nomear, em commissão, para as legações, onde julgar conveniente, primeiros secretarios ou consules de 1.^a e 2.^a classe com a commissão e titulo de encarregados de negocios em vez de *ministros plenipotenciarios*, o que acaba de tirar todas as duvidas ácerca da categoria de todos os chefes de missão. A classificação dos chefes de missão feita pelo decreto não passa, porisso, duma subdivisão, para uso nacional, da segunda classe de agentes diplomaticos estabelecida pelas potencias em 1815 e 1818, subdivisão cujos effectos são principalmente orçamentaes, como bem se vê das tabellas annexas ao mesmo decreto sobre os vencimentos dos agentes diplomaticos, sobre o abono para despesas de representação e sobre o auxilio para a renda das casas das legações.

Além dos chefes de missão de 1.^a e 2.^a classe, admite o decreto enviados de 4.^a classe ou encarregados de negocios. Todavia, estes enviados não constituem propriamente um grau na escala dos agentes diplomaticos, pois serão apenas nomea-

dos em comissão, em vez de ministros plenipotenciarios, para as legações onde o governo julgar conveniente, voltando, depois de finda a comissão, á condição anterior de secretarios ou consules.

Compor-se-á, pois, o corpo diplomatico português de :

a) Um embaixador, se o governo der, como de facto tem dado, a categoria de embaixador ao chefe de legação junto da Santa Sé, em obediencia ao principio de reciprocidade, visto o Pontífice acreditar um nuncio em Portugal ;

b) Enviados extraordinarios e ministros plenipotenciarios com o nome de chefes de missão de 1.^a e 2.^a classe ;

c) Encarregados de negocios em comissão, se o governo intender que por elles deve substituir alguns dos chefes de missão de categoria superior.

175. Os enviados, que junto dos governos representam outros governos, com o pessoal official nomeado pelos governos acreditantes para os auxiliarem no exercicio das suas funções formam as missões diplomaticas permanentes á que se dá habitualmente o nome de legações.

O enviado, que é o chefe da missão ou da legação, pode ser um agente diplomatico de qualquer classe, mas, em regra, daquella que é exigida pelo principio da reciprocidade.

Em principio, tambem nada obsta a que um estado nomeie para cada uma das suas legações dois ou mais agentes diplomaticos. Praticamente, porém, os estados apenas nomeiam um agente diplomatico, sendo só aos congressos e conferencias diplomaticas que os governos enviam, por vezes, em missão especial, um numero maior de representantes. Dá se até o caso, que é bastante frequente na pratica internacional, de um estado acreditar um mesmo agente diplomatico junto de diferentes governos, ou de diversos governos terem um representante commum num mesmo país. É assim que Portugal

acredita o mesmo agente diplomatico junto dos governos dos Estados Unidos e do Mexico, sendo a séde da legação em Washington, que o nosso ministro em Pekim deve ser acreditado junto da côrte de Bangkok, e que o representante dos Estados Unidos representa tambem o Perú na China e no Jopão.

O pessoal official das legações que collabora com os agentes diplomaticos no exercicio da sua missão é formado por funcionarios dalgumas ou de todas as seguintes classes :

a) *Secretarios de legação*. Estes funcionarios, que nas legações da Santa Sé se chamam ordinariamente *auditores de nunciatura*, occupam o primeiro logar entre o pessoal da legação, auxiliam os agentes diplomaticos em todas as suas funcções, e tẽem por missão particular a redacção dos documentos diplomaticos ;

b) *Conselheiros de legação*. São funcionarios que auxiliam os agentes diplomaticos com o seu conselho em negocios de certa importancia ou que exigem conhecimentos especiaes que elles podem deixar de possuir. Algumas vezes os conselheiros de legação confundem-se com os secretarios, não passando a designação de conselheiro dum mero titulo honorifico. São os secretarios ou os conselheiros que substituem os agentes diplomaticos na sua ausencia ou impedimentos. Aos auditores de nunciatura quando desempenham interinamente as funcções dos nuncios é dado algumas vezes o nome de *internuncios*.

c) *Addidos de legação*. São, em geral, individuos que se destinam á carreira diplomatica e fazem o noviciado da diplomacia junto dum agente diplomatico, exercendo funcções e prestando serviços nas repartições duma legação. Ao lado destes, que são, por assim dizer, alumnos de legação, pode haver nas legações *addidos militares*, que são officiaes do exercito do estado representado pelo agentes diplomatico adjuntos

à legação para observar de perto os armamentos e estudar os aperfeiçoamentos realizados no exercito do estado local, e *addidos technicos*, que são funcionarios enviados por certos países para estudar questões especiaes, como questões economicas, scientificas, etc.

d) *Chancelleres de legação*, empregados encarregados da guarda dos archivos e da expedição dos documentos que interessassem aos nacionaes do pais da legação.

e) *Interpretes de legação*, chamados no Oriente *drogmans*, e *correios de legação*, cujas funcções são faceis de determinar.

f) *Capellães e medicos de legação*, que fazem parte do pessoal official quando nomeados pelo estado representado pelo agente diplomatico.

Segundo os decretos de 1901 e de 1903, o pessoal diplomatico das legações portuguesas é formado, alem dos chefes de missão, de funcionarios das seguintes categorias: 1.º) primeiros secretarios de legação; 2.º) segundos secretarios de legação, entre os quaes um segundo secretario *interprete*; 3.º) *addidos de legação*; 4.º) *addidos de legação extraordinarios*; 5.º) um *interprete*. Os primeiros secretarios em numero de nove ou de oito, pois, pelo decreto de 1903, para a legação de Tokio pode ser nomeado um primeiro ou um segundo secretario, devem ser distribuidos pelas legações de Roma (Santa Sé e Quirinal), Londres, Rio de Janeiro, Madrid, Paris, Berlim, Pekim e Tokio (se o governo optar por um primeiro secretario para esta legação); dos segundos secretarios, em numero de oito ou de nove, pela razão acima dicta, serão collocados, cinco nas legações de Roma (Santa Sé), Londres, Rio de Janeiro, Pekim (é para a legação de Pekim o segundo secretario *interprete*) e Tokio (quando a opção for por um segundo secretario), e os restantes nas legações designadas pelo ministro, conforme as conveniencias do serviço, como devendo ter um segundo secretario; os *addidos*, cujo numero não é deter-

minado, serão, também prudencialmente, distribuídos pelo ministro pelas diversas legações; o interprete foi creado pelo decreto de 1903 para a legação de Pekim.

Junto das legações, podem ainda existir, segundo o art. 53.º do decreto de 1901, *addidos commerciaes* em commissão com a categoria de consules geraes, tirados dos consules de primeira ou segunda classe, encarregados de estudar, em harmonia com o art. 161.º do Reg. consular de 24 de dezembro de 1903, que veio determinar as suas funcções de modo especial, a situação do commercio portuguez perante as leis e tratados do estado local e os meios de ahi promover os interesses mercantis de Portugal.

Cumpra ainda observar que, nos termos do art. 61.º do decreto de 24 de dezembro de 1901, pode o governo dar caracter official aos *agentes de propaganda commercial* indicados pelas companhias privilegiadas, e pelas camaras de commercio, associações agricolas commerciaes e industriaes legalmente constituídas, e que semelhantes agentes estão subordinados aos *addidos commerciaes* nos países em que haja estes funcionarios. Nos demais países, estão dependentes dos consules, segundo se infere do art. 162.º do novo Reg. consular.

É o secretario de legação, e quando haja dois secretarios o mais graduado, que substitue, como encarregado de negocios interino, o chefe de missão na sua falta, ausencia ou impedimento (Dec. 1901, art. 40.º). E, quando faltem simultaneamente o chefe e os secretarios de legação em capital onde resida um consul portuguez, deverá ser este encarregado interinamente do archivo e do expediente da legação (art. cit. § unico).

O recrutamento do pessoal diplomatico é livremente regulado pelo direito interno de cada estado, contanto que as condições desse recrutamento sejam taes, que os individuos escolhidos tenham as qualidades sufficientes para bem desempenhar

as suas funcções, e sejam respeitadas as regras geraes que deixamos apontadas ácerca da rejeição dos agentes diplomaticos.

Este assumpto é regulado entre nós nos artt. 75.º e segg. do decreto de 1901 e no art. 6.º do decreto de 1903, cujas disposições vamos summariar.

Os chefes de missão de 1.ª classe são da livre escolha do governo, a qual deverá recaír em chefes de missão de 2.ª classe ou em individuos que, embora estranhos á carreira diplomatica, sejam distinctos pelo seu merito scientifico e serviços feitos ao estado e de reconhecida competencia para o cabal desempenho das funcções diplomaticas.

A nomeação dos chefes de missão de 2.ª classe deve recaír em primeiros secretarios de legação com cinco annos de serviço ou em consules de 1.ª classe com cinco annos de encarregados de negocios ou dez de serviço.

Os primeiros secretarios são escolhidos entre os segundos secretarios, e estes são providos mediante concurso, a que só poderão ser admittidos cidadãos portuguezes de maior idade, no gozo pleno dos seus direitos civis e politicos, habilitados com um curso completo de instrucção superior por qualquer escola nacional ou estrangeira de reconhecido credito, ou os addidos e chancelleres que tenham dez annos de serviço considerado bom.

O concurso de addidos de legação foi regulado por decreto de 14 de setembro de 1904

Os logares de addidos de legação serão providos, por concurso, nos candidatos que, alem das condições geraes exigidas para os empregos publicos, tiverem dezoito annos completos de idade, regular calligraphia e escripta correcta, approvação no exame de admissão aos lyceus e que, pelo menos, mostrem conhecimento do portuguez e do francês, e os addidos extraordinarios serão nomeados dentre cidadãos portuguezes de maior idade, no gozo pleno dos seus direitos civis e politicos, mediante concurso documental em que comprovem ter,

pelo menos, exame de admissão aos lyceus, conhecimento de linguas vivas e que dispõem dum rendimento superior a 1:000,000 reis.

No decreto de 8 de agosto de 1903 apparecem as seguintes disposições especiaes quanto ao recrutamento do pessoal para as legações do Extremo Oriente: *a*) terão preferencia, sempre que ser possa, quaesquer funcionarios diplomaticos que tenham mais de cinco annos de bom e effectivo serviço como encarregados de negocios no Extremo Oriente; *b*) a nomeação de secretario interprete deverá recair em individuo que, alem das condições legaes para ser provido em logar de segundo secretario de legação, possua conhecimento da lingua chinesa.

As condições e fórma dos concursos, em tudo que não estiver estabelecido nos decretos apontados, devem ser, segundo o art. 82.º do decreto de 1901, determinadas em regulamentos especiaes, que ainda não foram publicados.

176. Os agentes diplomaticos são investidos na sua missão por meio de *cartas credenciaes*, dirigidas pelo chefe do estado ou pelo ministro dos negocios estrangeiros da nação que os envia ao chefe do estado ou ao ministro dos negocios estrangeiros do pais para onde são nomeados ¹. As credenciaes são de chefe de estado para chefe de estado sempre que os enviados sejam agentes diplomaticos das tres primeiras classes, e são de ministro para ministro quando os enviados sejam encarregados de negocios. A credencial é uma carta em que o chefe do estado ou o ministro enuncia o fim geral da missão, indica o nome, os titulos e o character do agente diplomatico e termina

¹ Para os representantes da Santa Sé, as credenciaes são as bullas da sua nomeação.

por pedir que lhe seja concedido acolhimento favorável e que se preste inteiro *credito* ao que elle disser em nome do seu governo. A carta credencial estabelece, pois, o caracter publico do enviado e destina se a fazer reconhecer a sua qualidade de representante do seu país.

A credencial é entregue ao enviado para elle a apresentar ao chefe do estado ou ao ministro dos negocios estrangeiros da nação em que é acreditado. Com as credenciaes é uso entregar aos agentes diplomaticos das tres primeiras classes uma copia authentica dessas cartas, para ser transmittida ao ministro dos negocios estrangeiros do país para onde são nomeados quando os enviados notificarem ao ministro a sua chegada a esse país e peçam que lhes sejam indicados o dia e a hora em que poderão apresentar ao chefe do estado as suas credenciaes. Semelhantes copias servem para o ministro se habilitar a informar o chefe do Estado do conteúdo das cartas e a certificar-se de que ellas podem ser-lhe apresentadas.

Á notificação segue-se a apresentação das credenciaes, com o cerimonial estabelecido em cada país e conforme a categoria do agente, ao chefe do estado ou ao ministro, segundo tambem essa categoria, sendo então que o agente adquire realmente o seu caracter representativo e começa verdadeiramente a missão diplomatica. Em regra, os chefes de estado e os ministros não respondem ás cartas credenciaes, considerando-se como resposta a admissão do agente diplomatico.

Alem das credenciaes, munem-se os agentes diplomaticos doutros papeis, ou para se dirigirem no exercicio das suas funcções, ou para saberem quaes são os verdadeiros limites das suas attribuições, ou ainda para transitarem com liberdade e segurança. Taes papeis podem ser instrucções, plenos poderes, passaportes e salvo-conductos.

As *instrucções* determinam a linha de conducta do agente diplomatico durante o curso da missão, a respeito tanto do

governo junto do qual elle é acreditado como do objecto mesmo da missão. Depois destas instrucções de entrada, que são de character geral, recebe o agente instrucções especiaes, que traduzem as intenções e os desejos do seu governo ácerca de determinadas negociações. Uma e outras são, porém, de sua natureza secretas e apenas destinadas ao agente diplomatico, não devendo ser communicadas ao governo junto do qual este está acreditado, a não ser que o governo acreditante as mande communicar no todo ou em parte, ou o agente julgue conveniente a communicação.

Os *plenos poderes*, ou simplesmente *poderes*, indicam o objecto e os limites da missão e constituem a medida das auctorizações concedidas por um governo aos seus agentes diplomaticos. Os plenos poderes podem ser *geraes* ou *especiaes*, segundo auctorizam o agente dum modo generico a negociar com o outro governo, a exercer as funcções do seu cargo, ou apenas o auctorizam para uma certa ordem de negociações. Os poderes geraes contêm-se naturalmente nas credenciaes e são algumas vezes ali inseridos em termos expressos, assim como são os poderes ordinariamente conferidos aos enviados permanentes. Os poderes especiaes são habitualmente conferidos a enviados em missão extraordinaria, para assistir a um congresso ou a uma conferencia ou para tratar junto de qualquer governo um negocio determinado. Podem, todavia, ser tambem concedidos a um enviado permanente, quando elle seja encarregado duma negociação muito particular, independentemente da sua missão geral constante da credencial. Uns ou outros são geralmente dados sob a fórma de *cartas patentes*, ou cartas abertas assignadas pelo chefe do estado e referendadas pelo ministro dos negocios estrangeiros. As cartas de poderes são, em regra, os documentos que investem na sua missão os enviados diplomaticos de character temporario, aos quaes não são dadas geralmente cartas credenciaes.

Os poderes geraes ou especiaes podem ser *limitados* ou *illimitados*, sendo verdadeiramente estes ultimos os plenos poderes, mas na pratica diz-se indifferentemente — os poderes ou os plenos poderes. Usualmente são os poderes nominalmente illimitados e realmente restrictos por instrucções, accrescendo que os actos praticados pelos agentes diplomaticos são sempre considerados tacitamente subordinados, quanto á sua validade, á ratificação do governo dos agentes signatarios.

O *passaporte* é destinado a provar a identidade do agente diplomatico durante a sua viagem e a recommendá-lo á protecção das auctoridades civis e militares dos países que elle tem de atravessar para ir occupar o seu posto, e o *salvo-conducto* serve para lhe assegurar a passagem pelo territorio de estados belligerantes.

- 177. Depois de apresentar a sua credencial ao chefe do estado ou ao ministro dos negocios estrangeiros, assume o agente diplomatico o seu character representativo e entra regularmente no exercicio da sua missão.

Quanto ao exercicio das suas funcções, deve o agente diplomatico ser considerado em relação ao estado que o acredita, em relação ao estado junto do qual está acreditado e em relação aos outros estados.

a) *O agente diplomatico e o estado que o envia.* Como representante do estado que o acredita, deve o agente diplomatico defender os seus direitos, promover os seus interesses, e cumprir rigorosamente o seu mandato nos termos das suas credenciaes, dos seus poderes, das suas instrucções e das leis nacionaes. Concretamente consideradas, podem as suas attribuições reduzir-se a quatro grupos principaes, segundo é encarado como negociador, como informador do seu governo, como protector dos seus nacionaes, ou como director dos serviços da sua chancellaria.

1.º) *Negociações*. Como negociador, cumpre ao agente diplomatico fazer valer os interesses e os direitos do seu país, quer para reclamar contra as suas violações, quer para os regular convenientemente mediante convenções e tratados. Nessa difficil tarefa, conduzir-se á como ministro de paz e procurará manter a boa harmonia entre o estado acreditante e o estado local, bem como removerá todos os motivos de prevenções, mas defenderá com a possivel energia as conveniencias do estado que representa, devendo proceder sempre, na phrase de G. F. DE MARTENS, *suaviter in modo et fortiter in re*.

As negociações são *directas* ou *indirectas*. *Directas*, quando o agente diplomatico communica immediatamente com o chefe do estado, factio raro e que só se dá em circumstancias inteiramente excepcionaes; *indirectas*, quando realizadas com o ministro dos estrangeiros ou com commissarios por elle delegados para acompanhar uma determinada questão. Nos congressos, realizam-se as negociações entre os representantes dos estados interessados.

Podem ainda as negociações ser *oraes* ou *escriptas*. As primeiras são muitas vezes conservadas em *notas verbaes* ou *resumos de conferencias*, as segundas são consignadas em *notas escriptas*, tambem denominadas simplesmente *notas* ou *memorias*, e as realizadas em congressos ou para a celebração de tratados só registadas em processos verbaes chamados *protocollos*.

2.º) *Informações*. Os enviados devem observar e procurar conhecer tudo o que se passa no estado local que possa interessar o seu país e disso informar opportunamente e com verdade o seu governo. É assim que elles devem attender á marcha dos negocios publicos, estudar os progressos realizados na organização social e politica, observar o desinvolvimento das forças de terra e mar, tomar conhecimento do estado financeiro, do movimento commercial e dos progressos indus-

trias, acompanhar os debates parlamentares, seguir as polemicas da imprensa, certificar-se das luctas de influencia e das correntes da opinião publica, em summa, estar a par de todos os factos que possam ser, para o estado que representam, um motivo de prevenção ou uma razão de aperfeiçoamento, e devem communicar ao seu governo, em *relatorios* periodicos ou extraordinarios, os resultados das suas observações. E a sua linha de conducta em todo este trabalho de observação e informação será sempre orientada por duas condições fundamentaes, exactidão em observar e verdade em informar, para o effeito de guardarem a devida fidelidade aos estados que os acreditam e a indispensavel lealdade para com os estados juntos dos que estão acreditados.

3 °) *Protecção dos nacionaes*. Os agentes diplomaticos devem proteger os direitos e interesses particulares dos seus nacionaes que se encontrem no país onde exercem as suas funcções. Esta protecção, que deve verificar-se particularmente nos casos de negação de justiça, de violação das convenções internacionaes, ou mesmo dum tratamento contrario aos principios da equidade, anda subordinada, no seu exercicio, a tres condições de legitimidade tendentes a salvaguardar os direitos da soberania local e as conveniencias internacionaes. Em primeiro lugar, não pode a protecção pretender a isenção das leis do país de residencia; depois, deve exercer-se sómente no caso de se haver recorrido inutilmente ao patrocínio das auctoridades locaes; finalmente, o agente diplomatico não pode dirigir-se immediatamente a quaesquer auctoridades ds país em que está acreditado, mas deve pedir a protecção dos seus nacionaes ao ministro dos negocios estrangeiros desse país.

Alem deste dever geral de protecção, podem os agentes diplomaticos ter, segundo as leis do seu país, attribuições consulares, como as funcções notariaes e de registo civil, e tẽem, em regra, a superintendencia na administração consu-

lar, á qual está confiada, de modo especial, a protecção dos nacionaes.

4.º) *Direcção da chancellaria.* Os agentes diplomaticos são os chefes das legações e porisso lhes compete dirigir todos os serviços da respectiva chancellaria, como são os relativos á redacção da correspondencia de serviço, á guarda dos archivos, á expedição e visto dos passaportes dos nacionaes, á expedição de certidões de que estes possam ter necessidade, á legalização dos documentos emanados de funcionarios estrangeiros e que devam ser produzidos no seu país, em summa, os referentes a todas as funcções que, segundo os usos internacionaes ou as leis do seu país, forem affectas a essa chancellaria ¹.

b) *O agente diplomatico e o estado em que é acreditado.* Uma das razões determinantes das missões diplomaticas é a manutenção de boas relações entre os estados e, porisso, os agentes diplomaticos devem proceder por maneira a concorrer e não a perturbar a conservação dessas relações. Para esse effeito deverão, em relação ao estado para onde são delegados:

1.º) Respeitar as instituições, as leis e as auctoridades locais;

2.º) Abster-se de toda a ingerencia na politica e na administração interior, bem como de toda a critica ostensiva dos actos do governo local, fazendo seu o modo de pensar e proceder dalgum partido politico;

¹ As attribuições dos agentes diplomaticos portuguezes estão definidas, dum modo geral, no artigo 37.º do decreto de 24 de dezembro de 1901.

Alem de attribuições diplomaticas, os representantes de Portugal em Tanger, Pekim e Tokio exercem tambem funcções consulares na séde das legações (Dec. de 1901, art. 33.º § 5.º e dec. de 1903, art. 7.º).

3.º) Respeitar os costumes nacionaes e as crenças populares, para não offenderem os sentimentos geraes ;

4.º) Não suscitar revoltas nem fomentar perturbações, e bem assim não exercer pressão sobre os empregados publicos para os desviar do cumprimento dos seus deveres ;

5.º) Associar-se ás manifestações de jubilo ou de pesar por acontecimentos respeitantes ao chefe do estado, como casamento, morte, etc., e tomar parte nas festas publicas sempre que possam conciliar-se as susceptibilidades da sua nação com a celebração das festas nacionaes do país onde residem ;

6.º) Proceder, em summa, com a lealdade e cortesia indispensaveis á sua missão de paz e amizade.

c) *O agente diplomatico e terceiros estados.* Os representantes dos differentes estados junto dum governo formam, como temos dicto, o corpo diplomatico, ao qual incumbe velar, a certos respeito, pelos interesses da communitate internacional, cumprindo, porisso, a cada um daquelles representantes occupar o logar que lhe cabe dentro dessa collectividade em harmonia com os usos internacionaes e ser solidario com todos os demais, quer na defesa das immunidades diplomaticas, quer na salvaguarda dos interesses geraes da sociedade dos estados.

A par com esta situação especial derivada do facto de pertencer ao corpo diplomatico, o representante dum estado deve ser, em todas as contingencias, quanto a terceiros estados, a imagem fiel do pensamentento e da vontade do seu governo. Assim, se o estado local se encontrar em guerra com uma terceira potencia e o estado representado declarar a sua neutralidade, não pode o agente diplomatico participar de qualquer demonstração local a favor dalgum dos belligerantes.

178. Com o fim de pôr os agentes diplomaticos em condições de exercerem com efficaz segurança as suas multiplices

e melindrosas funcções, 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 immunitades 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 representa o meio de responder 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 ².

¹ *Annuaire de l'Institut*, tom. xiv, pag. 240.

² Cod. pen. port., art. 159.º

A inviolabilidade protege os agentes diplomaticos contra os ataques tanto dos membros e representantes do governo local como dos simples particulares. No primeiro caso, o estado local deve ao estado offendido uma reparação conveniente para o desaggravar da injuria recebida, e, no segundo, alem de dar a indemnização e as explicações que forem justas, cumpre ao estado do offensor punir os criminosos em harmonia com as disposições das suas leis penaes, que devem prever e reprimir semelhantes delictos.

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 este 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 elle 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, contanto que essa critica não degenerem 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 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 illi-citas. Em todos estes casos, a inviolabilidade diplomatica cede ás exigencias do direito commum ou ás necessidades da segu-rança e ordem publica.

Nos termos indicados, a inviolabilidade protege, alem dos agentes diplomaticos, o pessoal official duma legação e ainda o pessoal não official, que é formado pela familia do agente di- plomatico, pela sua domesticidade superior ou pessoal de farda, como secretarios particulares, capellães e medicos por elle no- meados, e pela domesticidade inferior ou o chamado pessoal de libré. Quanto ao pessoal não official que seja pertencente ao pais onde se encontrã a missão, propõe o Instituto, e a sua proposta é perfeitamente acceitavel, 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 diploma- ticos 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 da ob- servancia 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 exterrito- rialidade é que os agentes diplomaticos conservam, não só a sua nacionalidade, mas ainda o seu domicilio no pais a que pertencem e se regem, porisso, pelas leis deste pais, sem-

pre que pelo domicilio são determinadas as leis e as jurisdições.

Deste principio derivam immediatamente os seguintes effeitos, 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: α) a successão abre-se no domicilio dos ministros; não tendo as auctoridades locaes o direito de intervir nos actos concernentes á conservação e á attribuição da herança; β) 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*, devendo, contudo, ser conformes á *lex loci* os actos praticados pelos agentes diplomaticos quando esses actos interessam a pessoas que não pertençam ao estado acreditante ou dependam, por qualquer motivo, da jurisdicção local, e quando, devendo produzir os seus effeitos no país onde se realizam, só sejam considerados validos pela lei desse país se celebrados em harmonia com as suas disposições; γ) 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*, embora se lhes permita e facilite a aquisição dessa nacionalidade, quando elles assim o queiram ¹.

¹ Cod. civ. port., art. 18.º n.º 2.º

Alem destas, outras importantes isenções foram attribuidas aos agentes diplomaticos pelo direito internacional, isenções que constituem propriamente o systema das *immunidades diplomaticas* e que vamos analysar.

1.º) *Immunity local*. — Por immumidade local intende-se a franquia da casa da legação e suas dependencias, que consiste em nenhum representante da auctoridade territorial, agente policial ou official publico, ahi poder entrar ou praticar quasquer actos sem o consentimento do agente diplomatico. A legação está isenta de qualquer acto de administração, de jurisdicção, de processo civil ou criminal, o mobiliario está ao abrigo de quaesquer investigações ou penhoras e todos os papeis, documentos e archivos são inviolaveis. A casa da legação é ainda isenta do aboletamento militar e das taxas que o substituem. Como que está fóra do territorio do estado e no do pais do agente diplomatico.

Tem, porém, a immumidade 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 legitima suspeita de que um crime foi commettido na casa duma legação ou que ahi 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, contudo, permittido mandar vigiar e guardar a legação para evitar a evasão dos criminosos.

Não possuem, pois, os agentes diplomaticos o *direito de asylo* 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 da 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 immunidad 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 ¹.

2.º) *Immunidad 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

¹ Vide Alvará de 11 de dezembro de 1748.

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 immuidade de jurisdicção policial é a immuidade de jurisdicção criminal, pela qual os agentes diplomaticos são isentos da acção da justiça local e só podem ser processados e julgados pela justiça do seu país.

Esta immuidade 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 permitida apenas aos estados acreditantes, já que é por interesse seu que aos seus representantes se concedem as immuidades diplomaticas.

A immuidade de jurisdicção criminal não envolve a impudade 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) *Immuidade de jurisdicção civil.* Os agentes diplomaticos estão isentos da jurisdicção civil do estado local, não po-

dendo, 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 aceitam 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 noutro 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 immuniidade 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 título 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 regeitada 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 funções 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 immunities 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 aceita pelo Instituto de direito internacional, no citado projecto de regulamento das immunities diplomaticas (art. 16.º, n.º 1.º).

A immidade de jurisdicção civil verifica-se nas duas phases 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 immidade tem limitações, reduzindo se áquelles bens que os agentes diplomaticos possuem na sua

qualidade de ministros publicos e 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, já 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 accetivel, pois que o criterio experiente e justo dos julgadores saberá distinguir, em face das circumstancias especiaes de cada caso concreto, entre as cousas que tẽem ou deixam de ter relação com o caracter publico dos agentes diplomaticos. Em todo o caso, sempre observaremos, com PIÉDLIÈVRE, 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 insequestraveis todos os moveis que se encontrem na residencia official do ministro e se tenham como capazes de execução os que estejam fóra dessa habitação, á excepção daquelles que tenham relação directa com o seu caracter publico e com as necessidades da sua representação, como são as suas bagagens e as suas equipagens. E assim, serão susceptiveis de penhora os moveis que servem para a exploração das propriedades rusticas dos ministros, os rendimentos dessas propriedades, os seus creditos, á excepção

dos seus vencimentos, os valores depositados em estabelecimentos de credito publico e, em geral, todos os objectos por elles possuidos para o exercicio duma profissão que accumulem com a missão diplomatica.

A immunidadade de jurisdicção 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 informações por escripto ou preste o seu depoimento na casa da legação ¹.

4.º) *Immunidadade de jurisdicção fiscal.* As immunities que temos apontado são geralmente consideradas como condições do exercicio das funcções diplomaticas, e, porisso, tidas como verdadeiros preceitos de direito internacional. Alem dellas, outras são ainda concedidas aos agentes diplomaticos, as quaes, não se concebendo como exigencias do direito diplomatico, se lhes attribuem como prerogativas de cortesia e, como taes, variam a bel-prazer dos diversos estados. São taes prerogativas a isenção de impostos e o direito de culto domestico.

Relativamente á isenção de impostos, a regra mais geral é que os agentes diplomaticos devem ser isentos das contribuições cujo pagamento suppõe no contribuinte a situação de subdito do estado que as lança e cobra. Em virtude deste principio 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 evi-

¹ Cod. do proc. civ. portugês, art. 266.º n.º 4.

tar abusos que, com a concessão de tal regalia, se tornaram frequentes, adoptam a pratica de exigir justificações especiaes ¹.

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 recaiam sobre os objectos de consumo que elles comprem no mesmo país; os direitos que tẽem o character 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 cónvenção especial estará isenta do imposto predial.

5.º) *Direito de culto domestico*. Os agentes diplomaticos tẽem, segundo o costume geral, o direito de praticar na casa da le-

¹ As nossas leis tributarias isentam expressamente os agentes diplomaticos estrangeiros da contribuição industrial (Reg. de 16 de julho de 1896, art. 5.º, n.º 1), da contribuição de renda de casas e sumptuaria (Reg. de 24 de abril de 1902, art. 1.º, § unico, n.º 1) e dos direitos alfandegarios, segundo o principio de reciprocidade, quanto aos objectos destinados para uso e consumo dos chefes de missão (Dec. de 14 de outubro de 1851 e a Carta de lei de 10 maio de 1892, art. 7.º § unico). É, em geral, segundo o principio da reciprocidade que entre nós se determinam as isenções fiscaes concedidas aos agentes diplomaticos.

gação 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 effeitos que lhes forem attribuidos pela legislação do estado representado.

180. É principio universalmente reconhecido que as immunidades diplomaticas aproveitam a todos os enviados, sem distincção de classes ou de titulos.

Mas ainda aproveitarão aos agentes diplomaticos que sejam nacionaes do país onde se encontrem acreditados? Quando não haja disposição em contrario das leis locaes, ou não haja a tal respeito uma reserva ou accordo especial, esses agentes gosam, como os demais, de todas as immunidades diplomaticas, já que estas immunidades, mais que privilegios pessoaes, são prerogativas *funcionaes*, e, porisso, devem ser concedidas a todos os agentes diplomaticos.

Este o preceito actual, a que preferiríamos ou que os nacionaes não pudessem absolutamente acceitar missões diplomaticas ou que lhes fosse negada, em harmonia com a doutrina seguida pelo Instituto (proj. cit., art. 15.^o), a immunidade de jurisdicção.

Alem dos ministros publicos, o uso geral concede as immunidades diplomaticas a todo o pessoal official e a todo o pessoal não official, familia do agente diplomatico e domesticidade superior e inferior, 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 immunidades na casa da legação.

181. Procurando determinar o fundamento das prerogativas diplomaticas, baseiam-nas alguns escriptores na ficção da exterritorialidade, explicando por ella as isenções concedidas aos representantes dos estados. Todavia, esta explicação não é satisfactoria, pois se torna necessario determinar qual seja o fundamento da ficção, visto a exterritorialidade não passar duma palavra expressiva para designar de modo frisante as isenções attribuidas aos agentes diplomaticos. Semelhantes isenções encontram o seu fundamento positivo na necessidade de assegurar aos agentes diplomaticos a indispensavel independencia diante das jurisdicções territoriaes, para que possam exercer livremente a sua missão, no respeito da independencia soberana e da dignidade do estado que representam, nas exigencias duma cavalheirosa hospitalidade derivada da comunidade internacional e do direito da communicação internacional.

Mas poderão estes diferentes motivos justificar ainda hoje o systema das immunidades diplomaticas tal como o deixamos traçado?

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 immunidades diplomaticas serão legitimas quando indispensaveis para condicionar aquelle grau de segurança, e sê-lo-ão só até ao ponto em que devam constituir um coefficiente da independencia dos ministros estrangeiros e só até ao tempo em que, sem ellas, a esses ministros seja possivel exercer desassom-

bradamente as suas funcções; b) que aos representantes dos estados devem ser concedidas aquellas prerogativas que, sem involverem um prejuizo para o estado local, appareçam como um meio de satisfazer as exigencias da comunidade internacional. E, sendo assim, deverá considerar-se scientificamente legitimo o systema actual das immunidades diplomaticas? Não é esse o nosso juízo e, porisso, diremos, em relação a cada uma das immunidades, em que ellas, a nosso pensar, se ajustam ou se desviam daquelles dois principios.

A immunidade local representa um producto da natureza das legações, as quaes são officios dos estados representados, destinados á realisação dos serviços das missões diplomaticas, cuja direcção e funcionamento não devem ser perturbados pela acção das auctoridades locaes, 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 locaes de segurança publica.

Relativamente á immunidade de jurisdicção, intendemos que os agentes diplomaticos e todo o pessoal das legações deveriam, nos estados civilizados, estar sujeitos ás jurisdicções locaes nos termos geraes de direito, dadas as garantias que nesses estados offerece a organizaçáo 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 prevençáo contra elles existente.

A immunidade 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. E igualmente, 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 immunities diplomaticas e 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.

182. Ao atravessarem terceiros estados, reconhece o direito internacional aos agentes diplomaticos o respeito e a segurança que constituem a prerogativa da inviolabilidade. Das demais prerogativas, só lhes é reconhecida a chamada exterritorialidade pessoal, isto é, o reconhecimento do seu domicilio no seu país e das consequencias legais dahi derivadas, como são, por exemplo, a abertura da successão e a attribuição aos filhos da nacionalidade do mesmo país, apenas por mera cortesia lhe serão concedidos outros favores, como isenção de direitos de alfandega ou doutros impostos, e nunca poderão reclamar a immunidad de jurisdicção.

Pode synthetizar-se a situação dos agentes diplomaticos em terceiros estados nas regras formuladas no projecto da commissão de immunities diplomaticas do Instituto de direito internacional apresentado na sessão de Genebra de 1892: os ministros publicos, bem como o seu sequito, gosam, ao atra-

vessar um terceiro estado, do beneficio da inviolabilidade, da exterritorialidade pessoal e da immunidadade de impostos, mas não podem reclamar a immunidadade de jurisdicção.

183. Uma missão diplomatica pode ser suspensa ou acabar definitivamente, e o seu fim pode ser com ou sem rompimento de relações diplomaticas entre os respectivos estados.

a) *Suspensão das missões diplomaticas.* A suspensão dá-se quando, por algum acontecimento, como uma desintelligencia entre os dois estados não seguida de rompimento, as relações diplomaticas se interrompem por certo tempo, passado o qual, essas relações continuam por intermedio do mesmo ministro e por força das mesmas credenciaes. Se, apesar da suspensão, o ministro se conserva no país, gosa de todas as prerogativas diplomaticas.

b) *Fim da missão com rompimento de relações.* Quando por algum motivo se produz entre o estado acreditante e o estado local um rompimento de relações diplomaticas, a missão respectiva acaba naturalmente, só por meio de novas credenciaes pode ser restabelecida e o ministro só gosará das immunities diplomaticas pelo tempo necessario para deixar o país. O rompimento de relações diplomaticas pode ser declarado, ou pelo ministro em nome do seu governo, e então pede o mesmo ministro passaportes e deixa o país, ou pelo governo local, e, em tal caso, o ministro dos negocios estrangeiros envia passaportes ao agente diplomatico, significando-lhe até algumas vezes a sua expulsão.

c) *Fim da missão sem rompimento.* Sem haver rompimento de relações entre os respectivos estados, podem as missões diplomaticas findar por alguma das seguintes causas :

1.º) Expiração do periodo da sua duração, quando temporarias.

2.º) Completa realização ou reconhecimento da impossibilidade de as levar a effeito, quando especiaes.

3.º) Chamamento do ministro pelo seu governo. Este chamamento pode ter logar: α) a pedido do ministro, quando elle queira demittir-se ou aposentar-se; β) para a transferencia do ministro para outra missão ou para o encarregar doutras funcções; γ) quando o governo acreditante esteja descontente com o modo por que o ministro exerce a sua missão; δ) finalmente, quando o ministro deixe de ser *persona grata* para o governo local e este manifeste o desejo de que elle seja retirado. Em qualquer destes casos, o governo acreditante envia ao seu representante cartas *recredenciaes* ¹ (*lettres de rappel*), que este apresenta ao chefe do estado ou ao ministro dos estrangeiros com as mesmas formalidades com que são apresentadas as credencias. A taes cartas responde o chefe do estado ou o ministro dos estrangeiros tambem com *recredenciaes*, que são entregues ao ministro chamado e contêm, em geral, a menção lisonjeira do modo por que elle se desempenhou da sua missão ou a expressão cortês das boas relações que manteve com o governo local. Se um agente diplomatico, conservando-se junto do mesmo governo, é elevado a uma classe superior ou demovido para uma classe inferior, é *chamado* e reacreditado pelo seu governo, sendo as suas recredenciaes acompanhadas de novas credencias.

4.º) *Licenceamento* do enviado por parte do estado local. Este licenceamento pode ter logar por motivos graves e impreteriveis de tutela da ordem no país onde o enviado exerce sua missão, como se elle commette crimes de certa importan-

¹ Dec. de 24 de dezembro de 1901, art. 38.º

cia ou ha fundadas suspeitas de que por elle é tramada uma conspiração contra o estado local. Em tal caso, o governo envia-lhe passaportes, com o que lhe insinua a necessidade de se retirar, e pode mesmo, quando isso seja necessario, mandá-lo acompanhar e guardar até á fronteira.

5.º) Transformação radical da constituição do estado acreditante ou do estado local, e morte ou abdicção do chefe soberano dalgum desses estados. De direito, poderia dizer-se que, sendo as missões diplomaticas *entre estados*, não deviam extinguir-se emquanto elles vivem e, portanto, que nenhuma influencia sobre ellas deviam exercer as circumstancias apontadas. Todavia, de facto, os agentes diplomaticos devem merecer a confiança do governo acreditante e do governo local e, porisso, nos casos de transformações politicas ou de morte ou abdicção de soberanos, a missão se dá por finda e, ainda que as relações diplomaticas continuem e os mesmos ministros sejam mantidos no seu posto, exigem-se novas credenciaes, que os habilitem a exercer as suas funções, embora, para os effeitos da antiguidade, estas credenciaes se considerem uma confirmação das anteriores e os enviados conservem o seu logar dentro do corpo diplomatico. Deve observar-se que nem a substituição dos presidentes das republicas, nem o advento dum novo papa, nem a mudança do ministro dos negocios estrangeiros, quanto aos encarregados de negocio, fazem, em geral, cessar as missões diplomaticas, se bem que nos Estados Unidos cada nova presidencia põe fim ás missões diplomaticas junto dos outros estados.

6.º) Morte do agente diplomatico, a menos que, sendo a morte prevista e esperada, lhe tenha sido dado um substituto na qualidade de encarregado de negocios. Quando a missão termina pela morte do ministro, observam-se as seguintes regras: α) os documentos e papeis diplomaticos devem ser selados e inventariados, com a maxima brevidade, pelo secretario

ou conselheiro de legação, na sua falta ou impedimento, pelo ministro do estado acreditante junto dum estado vizinho, na falta ou impedimento deste, pelo ministro duma nação amiga junto do estado local, e, em ultimo recurso, mas só a pedido do estado acreditante, pela auctoridade territorial, a qual, sempre que seja possível, se fará acompanhar dalgum representante, funcionario ou particular, do estado interessado; β) o estado local deve ao ministro morto as honras funebres conformes á sua categoria e em harmonia com os usos do país; γ) a successão abre-se no país e domicilio do ministro e regula-se pela sua lei nacional; δ) a situação privilegiada da familia deve ser mantida até que ella se retire, ou durante um prazo razoavel se ella se demora ou fica definitivamente no país.

Em qualquer caso de termo da missão em vida do ministro, conserva este as suas prerogativas pelo tempo necessario para sair do territorio do estado local.

§ IV

Consules

SUMMARIO : — 184. Conceito geral da instituição consular. Seu desenvolvimento historico. — 185. Caracter convencional da instituição consular. — 186. Organização do corpo consular. Classificação e hierarchia dos funcionarios consulares, composição dos consulados e recrutamento do pessoal consular. — 187. Corpo consular e consulados portuguezes. — 188. Investidura dos consules. A carta patente e o *exequatur*. — 189. Funções consulares. Caracter e classificação geral. — 190. Funções de protecção geral dos interesses nacionaes. — 191. Funções de protecção singular dos interesses individuaes. — 192. Funções relativas ao estado civil. — 193. Funções notariaes. — 194. Funções judicarias nos países christãos. — 195. Funções judicarias nos países não christãos. Regimen das capitulações. — 196. Juizo consular portugûes. Sua organização e competencia. — 197. Países em que tem sido modificado ou abolido o regimen das capitulações. Tribunaes mixtos do Egypto. Reforma judiciaria no Japão. Abolição ou modificação da jurisdicção consular em diversos países. — 198. Prerogativas consulares. — 199. Suspensão e fim das missões consulares.

184. A acção internacional do estado, assim como determinou a creação dos agentes diplomaticos, os quaes representam as nações dum modo geral e no conjuncto das suas

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 95 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 410 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 407 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 519 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. IV, pagg. 2034 e segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 192 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, pagg. 507 e segg.; *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 11, pagg. 347 e segg., vol. 12, pagg. 275 e segg., e vol. 15, pagg. 272 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 454 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 394 e segg.; etc.

relações e cuja missão fundamental é, porisso, salvaguardar a paz e os interesses politicos bem como facilitar as relações directas entre os estados considerados como pessoas independentes, assim tambem produziu o apparecimento doutra categoria de agentes permanentes que representassem as mesmas nações principalmente no que respeita aos interesses commerciaes, economicos e sociaes e á protecção dos seus subditos que se encontrem em país estrangeiro. Taes agentes são os *consules*.

Dum modo geral, pode dizer-se que os consules são officiaes publicos nomeados pelo estado com a missão de residirem em país estrangeiro, de ahi defenderem a sua industria e o seu commercio, de o terem ao corrente do movimento industrial e commercial do país onde residem e de protegerem os seus subditos no mesmo país, exercendo, em relação a ellas certas funções administrativas ou judicarias. As missões consulares completam, assim, as missões diplomaticas, emquanto representam a organização especial de certas ordens de interesses, cuja defesa geral pertence, como vimos, aos agentes diplomaticos.

A origem certa da instituição consular encontra-se na idade media. Nasceu a instituição nas *feitorias* christãs ou colonias commerciaes fundadas pelos europeus nas cidades da costa oriental do Mediterraneo, isto é, da Syria, Palestina, Asia menor e Egipto, a contar principalmente das expedições emprendidas para a conquista dos Logares Santos, isto é, desde as Cruzadas do Oriente. O seu apparecimento nas *Escalas* do Levante foi o producto da concorrência de tres factores: 1.º) a propria formação das feitorias commerciaes nas cidades do Oriente; 2.º) a pratica, seguida nas cidades commerciaes 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 jurisdicções nacionaes. Da combinação destes factores resultou que os commerciantes europeus das feitorias do Levante, conseguindo facilmente dos chefes locais a isenção das jurisdicções 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 differentes nações na 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 characteristics, cujos traços fundamentaes vamos apresentar, para bem podermos comprehender 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 jurisdicção entre os membros da mesma colonia. A eleição e a jurisdicção são os signaes characteristics da instituição consular na primeira phase do seu desinvolvimento, a eleição que era uma isenção em relação ao estado de origem, e a jurisdicção que era uma isenção em face do estado local. A eliminação progressiva des-

tas isenções caracteriza as duas phases restantes da historia dos consulados.

b) *Segundo phase.* No seculo XVI operou-se, na organização 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, porisso, 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.

O facto de, neste segundo periodo, os consules serem magistrados nomeados e delegados do governo do estado de origem e a circumstancia de as legações permanentes ainda não representarem uma instituição normal e geral para as relações politicas dos estados, levaram os governos a attribuir funções diplomaticas aos consules, funções que, em principio, perderam logo que as missões diplomaticas se generalizaram e fixaram com meio de relacionar politicamente os diferentes países, o que se verificou definitivamente, como vimos, nos fins do seculo XVII.

c) *Tercera phase.* A afirmação 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 muçulmanos e nos estados asiaticos, como a Persia, o Siam, a China e o Japão, onde aquelles consules, em virtude de concessões estabelecidas em tratados ou firmadas nos usos e costumes e resultantes das differenças 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 justiças territoriaes ¹.

185. É principio hoje universalmente admittido que todos os estados soberanos tõem o direito de estabelecer e conser-

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. 31, pag. 93.

var missões consulares nas cidades e portos abertos ao commercio e bem assim nos outros logares de territorios 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 e egualmente é 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 acceptar como consul tal ou qual individuo em quem não reconheçam as condições necessarias para merecerem a sua confiança. Daqui derivou a pratica geral de os estados celebrarem accordos quanto ao reconhecimento 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 character 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

186. Os consules são, em regra, nomeados pelo chefe do estado, que ou faz a nomeação sob a exclusiva responsabilidade do ministro dos estrangeiros, como acontece geralmente, ou a faz com a cooperação dos representantes dalgum dos poderes do estado, como acontece nos Estados Unidos, onde os consules são nomeados pelo presidente da republica sobre parecer e consentimento do senado.

O conjuncto 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 certas linhas geraes que se encontram por toda a parte e que, embora de leve, procuraremos traçar.

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 võem 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 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).

Respeitá 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 entre os estados 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, o conjuncto de todos os consulados que estão dependentes dum mesmo chefe ou o conjuncto de todos os 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 dependem 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 circumstan-

cias, 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 stricto sensu* são os chefes ordinarios dos serviços nos *districtos* consulares. Subordinados, por interesse do serviço ao chefe do estabelecimento consular, em cuja circumscripção se encontram os seus *districtos*, no sentido de receberem delle 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 auctorização do ministro dos negocios estrangeiros do seu país.

É também 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 — um significação bem diversa, significação 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*, também 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 também gosando das vantagens que ellas concedem aos empregados publicos.

2.º) Os *consules não de carreira*, também 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 directamente 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 canferidas. Aos consules estão tambem subordinados os vice-consules, os quaes, embora desempenhem funcções 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 geralmente 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 character 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, ou instituições por meio das 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. Alem 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 funções, 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 português é regulada pelos já conhecidos 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, artt. 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 a outros compete a superintendencia na administração consular portugueza nos países onde estiverem acreditados. Só aos consules de 1.^a 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 de serviço ordinarios 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 pelo logar que occupam dentro desse quadro e pela differença dos seus vencimentos, pois que, de resto, exercem as mesmas funções, 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 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 ². 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 sando de 24. E,

¹ Vide tabellas annexas ao decreto de 1901, n.ºs 1, 5 e 6.

² Tabellas cit., n.ºs 5 e 6.

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 nada diz acerca 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, como já dissemos, ser nomeados em comissão 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 comissão 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 maximo, por metade dos emolumentos cobrados pelos actos por elles praticados, não podendo, comtudo, ir além de reis 2:000\$000, e os seus cargos são considerados de comissão do governo.

Os consules de qualquer classe exercem as suas 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 funções. Não são em numero fixo, podem ser nomeados para os portos, cidades e villas mais importantes de cada districto consular, e perce-

bem, como remuneração do 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 dævem, então, receber, como remuneração, dois terços da verba destinada para despesas 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 christãos, 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 auxiliares e destinados a exercer as funcções de secretarios dos consules, bem como a substituí-los na sua ausencia e impedimento, quando não haja vice-consul na mesma localidade. Segundo o art. 9.^o do Reg. consular, os chancelleres dævem 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

¹ Tabella dos emolumentos consulares, approvada por carta de lei de 5 de maio de 1898, v. 88.

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 Shangaie e Cantão.

Em harmonia com os decretos de 1901 e 1903 e com o Reg. 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 estabelecidos para os concursos dos segundos secretarios de legação (pag. 544) e segundo as demais condições prescriptas no regulamento de 28 de janeiro de 1904, que, em harmonia com o disposto no art. 82.^o do decreto de 1901, veio fixar as condições e a fórma do concurso e estabelecer o seu programma.

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 da lei organica 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 da lei organica, já que o primeiro regula o processo de *recrutar consules* de 2.^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 portuguezes. 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 portuguesa 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 tẽem 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 aprovada, 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 sobre proposta do consul e informação favoravel da legação.⁽¹⁾

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».

188. 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 funções consulares e conferidos os respectivos titulos.

Não basta, porém, a carta patente para habilitar um consal

(1) O concurso dos chancelleres foi regulado por decreto de 14 de setembro de 1907

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 communicada 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 fórma 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 pessoaes 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 consul 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 estado do consul, insinua-lhe a sua retirada e só cassa 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 registar na fórma 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 officialmente da sua chegada os funcionarios consulares que estejam sob a sua dependencia, sendo igualmente de uso que o mesmo consul annuncie officialmente 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, porisso, 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 consul ¹. Aos funcionarios consulares nomeados pelos consules é, entre nós, concedido o *exequatur* nos termos do decreto de 1833, concedendo-se em carta patente simplesmente aos funcionarios consulares nomeados pelo respectivo chefe de estado.

189. Os consules são representantes do estado que os envia ou nomeia para o effeito de defenderem e promoverem os seus interesses economicos e sociaes e de protegerem os seus nacionaes e são, porisso, *officiaes publicos* do país que representam e de *caracter publico* são as funcções que elles exercem.

Não revestem, porém, os consules a qualidade de ministros publicos ou agentes diplomaticos e, porisso, não têm, por força da sua provisão, funcções de representação politica, re-

¹ Reg. consular, artt. 13.º e 14.º

presentação que só lhes pertencerá quando lhes for conjunctamente dado o caracter diplomatico por meio de credenciaes ou de cartas de poderes.

Do facto de os consules não serem agentes diplomaticos derivam algumas consequencias que convem conhecer e são as seguintes: os consules não gosam, em geral, dos privilegios e immunidades diplomaticas, a não ser nos países não christãos, onde a sua situação é mais elevada e quasi diplomatica; só excepcionalmente estão em relação directa com o governo local, sendo as suas relações ordinarias com as auctoridades inferiores; estão subordinados á legação do seu estado; os seus direitos e a sua competencia dependem tanto das leis e regulamentos do seu país e das convenções consulares, como do *exequatur* concedido pelo estado onde exercem as suas funcções; a concessão e a retirada do *exequatur* não têm o mesmo alcance que a acceitação e o *licenciamento* dum agente diplomatico; a nomeação dum consul para um país cuja soberania é contestada não envolve o reconhecimento do governo de facto; finalmente, a qualidade consular não habilita, só de per si, nem para negociar nem para concluir tratados.

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. Estudaremos successivamente estas duas ordens de funcções nos seus traços geraes e communs a todos os países, fazendo as necessarias referencias ao regulamento consular portuguez.

190. Para a protecção e defesa dos interesses geraes do estado que os nomeia, são conferidas aos consules attribuições muito complexas, que, sem pretender fazer uma systematização rigorosa, agruparemos nas seguintes categorias:

a) *Funções e attribuições politicas.* Embora os consules não sejam agentes diplomaticos e, porisso, não exerçam funções de representação politica, alguns deveres, comtudo, lhes impenhem no que respeita ás relações politicas do estado que os nomeia com o estado local, sendo taes deveres principalmente estes: 1.º) o de velarem pela observancia dos tratados referentes aos interesses economicos e commerciaes ou que mais directamente affectam os interesses dos particulares, como os tratados de commercio, de navegação, de pesca, de protecção da propriedade industrial, artistica e litteraria, etc.; 2.º) o de 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; 3.º) o de informarem devidamente o governo do seu país dos factos que se passem no estado local e possam interessar a politica daquelle país ¹.

b) *Funções administrativas.* Englobamos neste dizer generico todas as funções que, no exercicio duma actividade *social* ou duma actividade *juridica*, e fóra das limitadas funções politicas que deixamos apontadas, são attribuidas aos consules no interesse geral do estado que os nomeia. Taes funções são:

1.º) *Protecção da economia e do commercio nacional* ². Como protectores e defensores da economia e do commercio nacional, devem os consules, alem de velar pela observancia dos tratados que lhes digam respeito promover nos seus districtos a importação e consumo dos productos originarios do seu país, co-

¹ Reg. cit., artt. 141.º § unico e 298.º

² Reg. cit., artt. 118.º e segg.

lher e transmittir ao seu governo todos os ensinamentos que possam interessar a vida economica, industrial e commercial do seu país, e relativas, por exémplo, ao movimento commercial do país de residencia, á natureza e importancia das suas relações com o estrangeiro, á situação da sua industria, ao espirito da sua legislação economica, ao preço medio das diferentes mercadorias, ao seu movimento financeiro, ao movimento de emigração e immigração, a tudo, em summa, que traduz o seu modo de ser economico e dá a medida da capacidade das suas relações com as outras nações. É de notar que se manifesta hoje uma decidida tendencia para alargar a iniciativa dos consules no que respeita ao desinvolvimento dos interesses economicos e commerciaes do seu país e que se procura dar a devida e necessaria publicidade aos seus relatorios, para que elles cheguem ao conhecimento do publico interessado naquelle desinvolvimento ¹.

2.º) *Protecção e vigilancia da navegação nacional* ². Relativamente á marinha mercante são as attribuições consulares de protecção e de vigilancia ou policia. A protecção verifica-se, geralmente, por algum dos seguintes modos: *α*) velando pela observancia dos tratados de navegação existentes entre os dois países; *β*) informando ácerca dos onus a que está sujeita a navegação nos portos do seu districto; *γ*) prestando a todas as pessoas da tripulação, e por todo o tempo que se conservarem nas aguas sujeitas á auctoridade consular, a assistencia exigida pelas circumstancias de momento; *δ*) tomando todas as medi-

¹ Entre nós são esses relatorios publicados no *Boletim commercial*, publicação official do Ministerio dos negocios estrangeiros, onde se encontram indicações preciosas ácerca da situação economica e commercial dos diferentes países.

² Reg. cit., artt. 35.º, 36.º, 121.º § 4.º e 126.º e segg. e 177.º e segg.

das, em caso de naufragio, para soccorrer o navio e salvar a tripulação e a carga ; ε) pondo sob a sua guarda os salvados e curando da repatriação dos naufragos ; ζ) informando do estado sanitario dos portos ; η) assistindo a todas as diligencias que as auctoridades locais necessitarem fazer a bordo dos navios nacionaes ancorados nos portos da sua jurisdicção ; θ) opondo-se a que as justiças locais vão tomar conta dos crimes commettidos a bordo dos navios nacionaes quando não seja perturbada a tranquillidade do porto ou não tomem parte em taes actos pessoas estranhas ao navio. Nas suas funcções de vigilancia compete aos consules : α) impedir que se use illegalmente da bandeira nacional ; β) fiscalizar o cumprimento, por parte dos seus nacionaes, de todas as leis concernentes á navegação ; γ) examinar os papeis de bordo, que para isso lhe devem ser apresentados pelo capitão do navio logo depois da sua chegada ao porto da residencia do consul, podendo este ir a bordo verificar a exactidão dos mesmos papeis ; δ) exercer a policia da navegação nacional nos portos onde se não encontre um navio da marinha militar ; ε) prender e fazer desembarcar os marinheiros auctores de crimes commettidos no mar para os enviar ao porto de matricula, quando não prefira mandá-los pelos mesmos navios ; ζ) instruir os processos penaes por aquelles crimes ou pelos commettidos a bordo dos navios nacionaes nos portos do seu districto, quando não seja perturbada a tranquillidade do porto e nelles não intervenha pessoa estranha ao navio ; η) conhecer das faltas disciplinares commettidas pelos membros da equipagem dos navios nacionaes ancorados nos portos da sua jurisdicção ¹ ; θ) dar cartas de saude aos navios nacionaes nos portos de expedição ou visar essas cartas nos portos de escala ; etc. Muitas outras attribui-

¹ Cod. pen. da marinha mercante, art. 47.º

ções cabem aos consules nas suas funções de protecção e vigilancia da navegação nacional, as quaes, porém, só poderão determinar se com precisão em face das leis especiaes de cada estado e dos usos locais.

Relativamente á marinha de guerra são mais limitadas as attribuições dos consules e consistem principalmente no seguinte: α) visitas officiaes aos commandantes dos navios da armada nacional que entrem nos portos da sua residencia; β) informações aos mesmos commandantes sobre o modo como hão de conduzir-se relativamente a salvas e visitas officiaes, sobre o estado sanitario dos seus districtos e sobre quaesquer assumptos de interesse para o serviço nacional; γ) prestação de todos os auxilios que lhes sejam requisitados pelos commandantes para o bom exito da sua viagem; δ) assistencia em quaesquer accidentes e designadamente no caso de naufragio para a salvação da guarnição e do navio e seus aprestes; ε) providencias relativas ás condições e despesas de tratamento e repatriação dos marinheiros que, por motivo de doença, sejam deixados em terra; ζ) reclamação ás auctoridades locais da prisão e entrega dos marinheiros desertores; η) requisição ás forças navaes do seu país da protecção da vida e bens dos nacionaes residentes no districto consular, quando se lhes affigurar que elles correm risco imminente; θ) dar aos navios militares cartas de saude ou visá-las nos termos acima indicados ¹.

3.º) *Actos puramente administrativos* ². Estes actos são principalmente os seguintes: matricula dos nacionaes nos registos da chancellaria consular; repatriação dos indigentes da sua

¹ Reg. cit., artt. 147.º e 163.º e segg.

² 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

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 as 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.

191. 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 paes 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 como por conselhos, e em especial: 1.º) defendê-los contra todas as medidas vexatorias e arbitrarías da parte das auctoridades locaes; 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 circumstancias exigjam; 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) socorrer os doentes pobres e auxiliá-los e dirigí-los na sua repatriação ; 7.º) dispensar particular attenção aos interesses dos immigrants 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 locaes 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 creadores 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, pode ainda a protecção dos consules ser concedida aos naturaes do país em harmonia com os tratados concluidos com aquelles estados ou com os usos estabelecidos ².

192. Como officiaes do *estado civil*, exercem os consules funcções semelhantes ás dos empregados do seu país encarre-

¹ Reg. cons., artt. 26.º a 43.º e 68.º a 88.º

² 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.

gados 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, dentro de certos periodos, ao ministerio dos estrangeiros do seu país 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 e, ainda para este segundo effeito, fará o mesmo ministerio a devida communicacão ao official do estado civil do logar do ultimo domicilio ou residencia, do pae do recém-nascido, dos esposos, ou do nacional fallecido.

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 competencia para o celebrarem aquelles estados que não reconhecem o casamento civil, nem podendo celebrá-lo, senão com o assentimento do 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 que «será valido, quanto á forma, 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», accrescentando, porem, no intuito de facilitar a constituicão 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 tõem 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.

193. Como *notorios*, 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, mutuo, 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 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 competencia 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 que digam respeito a cidadãos

¹ Reg. cons., artt. 44.º a 67.º

² Reg. cons., artt. 89.º e segg.

deste ultimo país sómente, comtanto, bem entendido, que taes actos 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 país¹. Ás 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 portuguez», respeitando, bem entendido, as convenções internacionaes e as leis do estado local.

Ligada ás funcções notariaes dos consules, anda a faculdade 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.

194. As attribuições judicarias dos consules, muito limitadas nos países de civilização europeia, são muito amplas nos países não christãos e, porisso, torna-se necessario estudá-las separadamente em relação a cada uma das duas ordens de países.

a) *Funcções judicarias dos consulados nos países christãos.*
Como dissemos ao traçar a linha evolutiva da instituição consular, os consules começaram por ser juizes dos seus nacionaes

¹ *Nova Collecção de Tratados*, vol. III, pag. 115.

residentes no estado local, mas perderam quasi todas as funcções jurisdiccionaes quando nos estados europeus foi definitivamente substituido o principio da personalidade das leis e das jurisdicções pelo principio inverso da sujeição ás leis e ás jurisdicções locaes, e tornaram-se desde então quasi simplesmente protectores do commercio e da economia nacional e protectores e defensores dos nacionaes residentes na circumscripção consular. Esta negação aos consules de attribuições judicarias generalizou-se dos estados europeus a todos os estados de civilização europeia, ou como costuma dizer-se, a todos os países christãos, firmando-se o principio hoje dominante de que em taes países os estrangeiros estão submettidos, como os nacionaes, ás justizas territoriaes. Só excepcionalmente, porisso, os consules exercerão attribuições judicarias nos países christãos e apenas poderão exercê-las quando lhes sejam expressamente conferidas pelas leis nacionaes e o seu exercicio seja consentido pelo governo local.

Em materia civil ou commercial exercem os consules, em geral, as seguintes attribuições: 1.º podem resolver por conciliação ou por arbitragem as questões levantadas entre os seus nacionaes ¹; 2.º podem decidir as controversias entre capitães ou officiaes e marinheiros, quando respeitantes a relações juridicas referentes á navegação, como são, por exemplo, as questões relativas ao pagamento de salarios aos marinheiros ²; 3.º) e intervêm nas successões e na constituição da tutela dos nacionaes para a conveniente defesa dos seus direitos ³. Em materia criminal são quasi nullas as attribuições dos consules, reduzindo-se geralmente: 1.º) ao julgamento das faltas

¹ Reg. cons., artt. 175.º e 176.º

² Vid. supra, pag. 408, I e nota 1.

³ Reg. cons., artt. 68.º e scgg.

de disciplina commettidas a bordo dos navios de commercio nacionaes ancorados ns portos sujeitos á jurisdicção consular, quando nesses portos não estacione algum navio da armada do seu país, pois, em tal caso, pertence ao seu commandante aquelle julgamento ¹; 2.^o) á instrucção dos processos penaes relativos a crimes communs ou maritimos, commettidos quer no alto mar a bordo dos navios nacionaes, quer a bordo desses navios nos portos da sua jurisdicção, quando não seja perturbada a tranquillidade do porto ou nelles não tomem parte pessoas estranhas aos navios ²; 3.^o) e ás providencias necessarias para transportar com a devida segurança os accusados pelos crimes indicados e as peças dos respectivos processos para o país e porto do navio, para ali se fazer o julgamento ³.

Como se vê, as excepções ao principio da sujeição ás justiças territoriaes são leves e mais apparentes que reaes, pois que a conciliação e o juizo arbitral não entram propriamente no exercicio normal da jurisdicção, a intervenção nas successões e na constituição das tutelas é mais um acto administrativo que de jurisdicção, as questões suscitadas nos navios estranhos entre capitães e officiaes ou marinheiros em nada interessam ao estado local e os delictos ou crimes commettidos a bordo dos mesmos navios, ou porque são leves faltas de disciplina, ou porque não perturbam a traquillidade do porto, ou ainda porque para a sua pratica não concorre a participação dum subdito local ou de pessoa que eventualmente se encontre no porto, não affectam as condições de existencia desse estado e

¹ Codigo pen. da marinha mercante, artt. 17.^o, 19.^o, 47.^o n.^o 3.^o, 50.^o e 60.^o; Reg. cons., artt. 177.^o e 178.^o

² Reg. cons., artt. 177.^o e 179.^o a 182.^o

³ Reg. cons., artt. 180.^o a 182.^o

não exigem rigorosamente actos de reacção defensiva por parte das auctoridades locais.

195. b) *Funcções judicarias dos consules nos países não christãos.* O que nos estados christãos é uma apparente excepção, torna-se nos estados não christãos um principio real e positivo. Ahi exercem os consules funcções jurisdiccionaes, tanto em materia civil ou commercial como em materia criminal, em relação aos seus nacionaes, por uma evidente limitação da soberania territorial. A respeito de taes países, não soffreu a instituição consular a transformação evolutiva que a privou do seu character de instituição judicaria, sendo ainda hoje os consules juizes dos seus nacionaes, os quaes gosam, até certo ponto, do privilegio de exterritorialidade judicaria.

A jurisdicção consular nos países não christãos, como a Turquia e estados muçulmanos, a Persia, o Siam, a China, a Corêa, etc., representa, no dominio dos factos internacionaes, uma frisante expressão do systema da personalidade das leis e deriva das diferenças de civilização entre esses estados e os estados christãos, das poucas garantias offerecidas pela sua organização politica e judicial, da sua animadversão pelos estrangeiros e da negação aos mesmos estrangeiros da participação na sua communitade juridica, por vezes identificada com a communitade religiosa ¹, circumstancias que obrigaram os estados civilizados a procurar os meios de proteger juridicamente os direitos dos seus subditos, encontrando-se um desses meios na isenção das justças locais e consequente submissão á auctoridade das leis e dos tribunaes da sua nação, isenção consagrada ou por tratados, a que se dá, principalmente aos

¹ PÉLISSÉ DU RAUSAS, *Le régime des capitulations dans l'Empire Ottoman*, tom. 1.º e 2.º, Paris, 1902-1905.

celebrados com o imperio Ottomano, o nome de *capitulações*, ou por usos e praticas firmemente estabelecidos. Regulada em primeiro lugar aquella jurisdicção entre os estados de civilização europeia e a Turquia e estabelecida depois em bases fundamentalmente semelhantes nos demais estados de civilização não europeia, é informada em todos os países onde existe por alguns principios communs, que vamos expôr syntheticamente, para definirmos, dum modo geral, as attribuições judicarias dos consules fóra dos países da christandade. E, porque em alguns países o regimen das capitulações se tem transformado ou desaparecido, ultimaremos este ligeiro estudo dizendo o sentido daquella transformação e os motivos deste desaparecimento.

1) *Principios reguladores da competencia judicaria dos consules em países não christãos.* A competencia judicaria dos consules desdobra-se naturalmente em competencia civil ou commercial e competencia criminal, e, porisso, apresentaremos separadamente os principios que a regulam sob os dois aspectos.

Em materia civil e commercial é determinada a competencia em harmonia com os seguintes principios:

a) As causas entre estrangeiros da mesma nacionalidade são julgadas pelos consules do seu país;

β) As causas entre estrangeiros de differente nacionalidade são da competencia do consul do país do reu, pela applicação do principio: *actor sequitur forum rei*. É, porém, de notar que uma convenção concluida, por troca de *notas*, em 1820 entre a Austria, a França, a Inglaterra e a Russia, e a que depois adheriram todas as missões diplomaticas acreditadas em Constantinopla, creou nos países do Levante commissões mixtas para o julgamento dos pleitos entre christãos de differente nacionalidade. Estas commissões deviam ser compostas de dois juizes do país do reu e um do país do auctor, todos de nomea-

ção das respectivas legações. E, embora esta convenção fosse apenas *verbal*, não chegando a ser reproduzida num protocollo regularmente ratificado, e, porisso, se intendesse que a jurisdicção daquellas commissões não era obrigatória e que os subditos das nações christãs podiam recusar-se a comparecer perante ellas, a verdade é que ella constituiu um accordo internacional cuja utilidade a recommendou ás potencias e que até 1864 as commissões mixtas funcionaram como tribunaes de justiça nas relações entre estrangeiros de differente nacionalidade. Comtudo, as commissões mixtas apenas funcionaram em Constantinopla, sendo seguido nas demais cidades do imperio Ottomano o systema do julgamento pelo consul do reu, o unico praticado depois de 1864.

γ) As causas entre um subdito duma nação christã e um indigena são da competencia do consul ou das justiças locaes, consoante a nacionalidade do reu, applicando-se ainda o principio *actor sequitur forum rei*. Este principio tem, comtudo, limitações firmadas nos usos ou nos tratados, que sempre devem ser tidos em consideração. Indicaremos como caracteristico o que se passa na Turquia, na China e em Siam.

Na Turquia, apesar das divergencias levantadas entre a Porta e as potencias sobre se, segundo as capitulações, as questões entre estrangeiros e indigenas eram da competencia das jurisdicções ottomanas ou das jurisdicções consulares, foi consagrado pelo uso o principio de que eram as jurisdicções turcas as normalmente competentes para aquellas questões. O principio é, porém, attenuado por quatro modificações importantes tendentes a assegurar os direitos dos estrangeiros. A primeira deriva da existencia de tribunaes de commercio mixtos, creados em 1860 em Constantinopla e nas principaes cidades da imperio, compostos de cinco membros, tres turcos, o presidente e dois assessores, e dois assessores estrangeiros nomeados pelo consul respectivo, competentes para todas as

questões commerciaes, bem como para as civeis de valor superior a mil piastras, levantadas entre cidadãos ottomanos e estrangeiros. A segunda respeita ás questões referentes ao *estatuto pessoal*, que relativamente aos estrangeiros não muçulmanos comprehende as regras relativas ao estado e á capacidade, á organização da tutela e da curatela, ao regimen matrimonial, ás successões e á liquidação da fallencia, questões attribuidas ás jurisdicções nacionaes dos interessados. A terceira está na necessidade da assistencia do consul ou dum *drogman* do consulado aos estrangeiros submettidos ás jurisdicções ottomanas, com o direito de suspender a marcha do processo, de visar e assignar as suas peças mais importantes, bem como de impedir a execução do julgamento. A quarta, finalmente, resulta da inviolabilidade do domicilio dos estrangeiros reconhecida pelas capitulações, por virtude da qual as auctoridades turcas não podem executar os mandados de justiça decretados ou as sentenças pronunciadas contra os estrangeiros sem a assistencia ou auctorização da auctoridade consular. Estas restricções, se não egualam, approximam-se bastante da protecção inherente á jurisdicção consular.

Cumpra, porém, observar que, tendo a Porta concedido aos estrangeiros, pelo *firman* de 16 de junho de 1867, o direito de adquirirem bens immoveis urbanos ou ruraes em todo o imperio, menos na provincia de Hedjaz, equiparou relativamente a taes bens aos proprietarios ottomanos os proprietarios estrangeiros, submettendo, porisso, á jurisdicção dos tribunaes civis ottomanos as acções immobiliarias que interessem a estrangeiros, ainda da mesma nacionalidade.

Na China, as causas civeis ou commerciaes entre chinas e estrangeiros são julgadas conjunctamente pelos respectivos consules e pelas auctoridades chinas, os quaes, consules e auctoridades, procedem reunidos á investigação do caso e o decidem applicando um e as outras ou os principios da equi-

dade, como dispõe o art. 35.º do tratado franco-chinês de 27 de junho de 1858, ou as leis do seu país, segundo a nacionalidade do reu, como estabelece o art. 31.º do tratado sino-português de 1 de dezembro de 1887. É ainda de notar que nas concessões-*settlements* de Shangae, a concessão francesa e a concessão internacional, ha os chamados *tribunaes mixtos*, formados por um juiz chinês e um juiz assessor estrangeiro, que representa o consul respectivo. Estes tribunaes, onde os assessores não têm voto deliberativo, julgam as causas entre chinezes e estrangeiros quando os chinezes forem reus ¹.

Aos tribunaes mixtos chinezes assemelha-se o *Tribunal internacional* de Siam, tribunal siamês a que está especialmente addido um jurista europeu a titulo de conselheiro e portanto sem voto deliberativo, destinado a julgar as questões civeis ou commerciaes em que o auctor seja dum estado de civilização europeia e reu um siamês ².

Em materia criminal prevalecem estas regras :

α) Os crimes commettidos por subditos duma nação christã contra os seus concidadãos são julgados pelo consul do seu país.

β) Os crimes commettidos por estrangeiros contra outros estrangeiros são julgados pelo consul do offensor.

γ) Os crimes commettidos por estrangeiros contra indigenas são da competencia do consul do país do delinquente. Em alguns países, como a Turquia, o principio de direito é que, em taes casos, a competencia pertence aos tribunaes locais, mas de facto attribue-se muitas vezes o julgamento aos consules. Ainda na Turquia, pela reforma judiciaria de 1856, deviam ser creados tribunaes correccionaes *mixtos* para o julgamento

¹ *J. D. I. P.*, 1905, pagg. 850 e segg.; *Revue de droit int. privé et de droit pénal int.*, 1906, pagg. 110 e segg.

² *J. D. I. P.*, 1900, pag. 468.

dos crimes commettidos por estrangeiros contra indigenas ou por indigenas contra estrangeiros. Estes tribunaes, estabelecidos em Constantinopla e na maior parte das grandes cidades do imperio, seriam compostos, por metade, de indigenas e de estrangeiros da nacionalidade da parte ou do accusado, devendo o consul competente ou o seu interprete assistir ao julgamento, podendo intervir directamente no debate e devendo a sentença ser por elle approvada e referendada. Semelhantes tribunaes ainda não chegaram, porém, a funcionar.

Em harmonia com as regras estabelecidas, podem os consules julgar causas que interessem aos subditos locais, assim como podem as auctoridades do país decidir questões que interessem aos estrangeiros, pelo que se estabeleceu um principio de mutua fiscalização, determinando-se nos tratados que, nas hypotheses referidas de os consules conhecerem de pleitos que affectem os indigenas ou de as justicas territoriaes julgarem questões que affectem os estrangeiros, essas auctoridades reciprocamente interfram na instrucção e julgamento dos processos para a melhor garantia e defesa dos direitos dos seus nacionaes.

Consentaneamente com este principio, são os chamados tribunaes mixtos de Shangae que julgam os crimes commettidos por chinezes contra estrangeiros.

196. O que respeita á organização dos tribunaes consulares, á sua competencia e ao processo a seguir perante elles, pertence, como é natural, á legislação particular de cada país, a qual deve regular a acção dos seus funcionarios consulares em harmonia com os usos locais e com os tratados. Faremos, porisso, apenas algumas observações acerca da organização e competencia dos tribunaes consulares portuguezes, cuja lei organica se contem no regulamento consular de 1903 (artt. 174.º a 277.º).

Os consules portuguezes exercem jurisdicção civil, commercial e criminal sobre os seus nacionaes em todos os países onde elles, por tratados vigentes ¹ ou por praticas incontestadas, forem isentos da jurisdicção territorial.

A jurisdicção consular, que deve ser praticada em harmonia com os usos locaes, os tratados em vigor e o Reg. consular, é exercida, tanto em materia civil como em materia criminal, pelo consul julgando só, ou pelo tribunal consular.

O tribunal consular é constituído pelo consul ou por quem suas vezes fizer, servindo de presidente, e de tres assessores. Os assessores serão escolhidos, no principio de cada anno, entre as pessoas importantes e idoneas de nacionalidade portuguesa, ou, na sua falta, entre as de nacionalidade estrangeira, em numero sufficiente para assegurar o regular funcionamento do tribunal, devendo ser affixada na chancellaria do consulado uma lista dos assessores e conjunctamente uma nota do consul determinando a ordem por que ha de realizar-se a sua rotação no serviço do tribunal consular. Os assessores julgam das questões de facto, sendo as suas funcções analogas ás que nos tribunaes do reino competem aos jurados. O consul, presidente do tribunal, julga de direito, á semelhança do que acontece com o presidente dos tribunaes do reino constituídos com jury.

Se, todavia, por qualquer motivo, não puder constituir-se o tribunal consular, exercerá o consul, sempre que o julgar indispensavel, as funcções do tribunal consular. Deve, porém, consignar esta circumstancia nos autos e informar a secretaria

¹ Vide — Tratados de Portugal: com Marrocos, de 11 de janeiro de 1774 e 3 de julho de 1880; com Siam, de 10 de fevereiro de 1859; com Zanzibar, de 25 de outubro de 1879; com a China, de 1 de dezembro de 1887; e com a Turquia (declaração commercial), de 11 de janeiro de 1890.

dos estrangeiros dos motivos que obstaram á constituição do tribunal.

A forma do processo a seguir no juizo consular é a mesma, tanto perante o consul como perante o tribunal consular, com a unica differença de que, realizando-se o julgamento no tribunal consular, serão propostos aos assessores, antes de se proferir a sentença, os necessarios quesitos sobre as questões de facto que no processo se ventilaram. O processo, que varia naturalmente segundo o juizo consular funcione como tribunal civil ou commercial ou como tribunal criminal, é o estabelecido no Reg. consular, o qual procurou harmonizar os meios de processar seguidos nos tribunaes do reino com as condições especiaes da administração da justiça nos consulados.

É ainda identica a lei a applicar pelo consul ou pelo tribunal consular, que é a lei portuguesa em tudo que não for opposto ás convenções diplomaticas e aos usos locaes recebidos pelos consules das demais nações. A jurisdicção consular representa assim uma clara applicação do principio da personalidade das leis e das jurisdicções.

É, porém, differente a competencia do consul e do tribunal consular tanto em materia civil ou commercial como em materia triminal, e porisso estudaremos essas differenças quanto ás duas manifestações da jurisdicção consular.

a) *Jurisdicção civil e commercial.* A jurisdicção consular é exercida, dentro dos limites marcados pelos usos locaes, pelos tratados vigentes e pelo Reg. consular, em relação a todas as questões civeis ou commerciaes em que figurarem *como reus* subditos portugueses, residentes no districto consular, e a quaesquer outras que, em virtude de praticas incontestadas, devam ser submettidas á decisão da auctoridade consular.

O consul julga só e sem recurso as acções de valor inferior ou egual a 200\$000 reis.

O tribunal consular é competente para as acções de valor superior áquella quantia, bem como para os processos de fallencia dos negociantes, logistas ou industriaes que cessarem pagamentos. Das sentenças do tribunal consular ha sempre recurso de appellação para a Relação que mais proximo estiver da séde do consulado, dentre as de Goa, Moçambique e Lisboa.

Comtudo, nem o consul nem o tribunal consular são competentes para as causas relativas ao estado e capacidade das pessoas. Estas causas são da exclusiva competencia dos tribunaes do reino, ilhas adjacentes e provincias ultramarinas.

Os vice-consules apenas podem exercer as funcções de juizes de paz. Mas estas funcções algum valor tõem, pois que nenhuma acção, a não ser que verse sobre objecto que não admitta transacção, poderá ser proposta no juizo consular sem que preceda tentativa de conciliação.

Quando a conciliação se não realize, determina o Reg. consular que o consul procure conseguir que as partes submettam á decisão dum ou mais arbitros da sua escolha as questões sobre que possa transigir-se, declarando que as decisões dos arbitros serão exequiveis como as sentenças do tribunal consular.

Cumpre ainda observar que, no intuito de facilitar a administração da justiça consular, auctoriza o Reg. consular os consules a elaborarem regulamentos subsidiarios que reputeem indispensaveis para os processos especiaes, em que for necessario attender principalmente ás condições locaes e ás circumstancias particulares de cada país. Semelhantes regulamentos, comtudo, cingir-se-ão, quanto possivel, aos principios adoptados nas leis patrias e ás praticas observadas nos consulados das nações cuja legislação mais analogia offerecer com o direito portuguez, e só entrarão em vigor depois de approvadas pelo ministro dos estrangeiros.

b) *Jurisdicção penal.* Os consules e os tribunales consulares exercem a jurisdicção penal sobre os cidadãos portuguezes e a bordo dos navios de commercio nacionaes nos países onde essa jurisdicção lhes for consentida por praticas incontestadas ou por tratados vigentes.

A jurisdicção criminal a bordo dos navios nacionaes é exercida pelo consul nos termos e casos seguintes :

1.º) Interrogando cuidadosamente os capitães que, sob sua responsabilidade, applicarem durante as viagens as penas disciplinares correspondentes ás contravenções, para serem os mesmos capitães punidos, se tiverem commettido abusos de poder.

2.º) Julgar sem recurso algum, em harmonia com os artigos 10.º, 17.º, 18.º e 91.º do Codice penal e disciplinar da marinha mercante, as contravenções á disciplina em porto estrangeiro, onde não haja navio do estado.

3.º) Receber dos capitães dos navios mercantes, nos portos onde não haja navio do estado, *a parte* com as peças do processo relativas aos delictos maritimos indicados no art. 19.º daquelle codigo, e nomear e presidir ao tribunal maritimo para o julgamento de semelhantes delictos, em harmonia com os artigos 60.º e 75.º do mesmo codigo.

4.º) Receber do capitão, relativamente aos crimes maritimos ou communs commettidos a bordo dos navios nacionaes, o indiciado e as peças do processo, completar quanto preciso a instrucção no mais breve espaço de tempo, e fazer desembarcar o criminoso para o enviar com as peças do processo ao porto de matricula, remettido ao delegado do procurador regio do porto, se não preferir mandá-lo pelo mesmo navio.

5.º) Finalmente, proceder como no caso anterior em relação aos crimes maritimos ou communs commettidos a bordo dos navios nacionaes dentro do porto, quando não seja perturbada a tranquillidade do mesmo porto ou no facto se não encontrem

involvidas pessoas estranhas ao navio, ou assistir aos actos praticados a bordo pelas auctoridades locais quando se derem aquelles factos.

Relativamente aos crimes commettidos em terra estabelece o Reg. as seguintes regras de competencia :

I. Compete ao consul conhecer e julgar das contravenções e crimes a que corresponder algumas das penas seguintes : 1.º repreensão ; 2.º suspensão temporaria dos direitos politicos ; 3.º multa ; 4.º desterro ; 5.º prisão correccional.

Os consules poderão, nos países de jurisdicção consular, elaborar os regulamentos de policia, sujeitos á approvação do ministro dos estrangeiros, que julgarem necessarios para assegurar, por parte dos seus nacionaes, a manutenção da ordem e o respeito dos tratados, sendo-lhes attribuida, como medida complementar, competencia para julgarem em processo verbal e summario as contravenções aos mesmos regulamentos, podendo applicar as penas de multa ou de prisão até um mês.

II. Compete ao tribunal consular o julgamento dos crimes a que correspondam as penas maiores enumeradas no art. 55.º doCodigo penal, com a excepção estabelecida na regra seguinte.

III. Compete exclusivamente aos tribunaes do reino, ilhas adjacentes e provincias ultramarinas o julgamentos dos seguintes crimes : 1.º homicidio voluntario ; 2.º ferimentos de que resulte a morte ; 3.º fogo posto ; 4.º violação de menor de doze annos ; 5.º os crimes dos empregados publicos no exercicio de suas funcções ; 6.º falsidade de moeda, notas de banco, papeis de credito, sellos, cunhos e escriptos ; 7.º crimes contra a segurança do estado, salvo se lhes corresponder pena correccional ; 8.º os crimes a respeito dos quaes concorreram as circumstancias previstas no n.º 5.º do art. 53.º doCodigo penal. Quando algum destes crimes for commettido no

districto consular por um subdito portuguez, o consul procederá, comtudo, á instrucção, tão completa quanto possivel, da causa, e remetterá os auctos, juntamente com o accusado, ao tribunal de Macau, Goa, Moçambique ou 1.º districto criminal de Lisboa, conforme a cidade, de entre estas, que mais proxima for da séde do consulado, e será affixada na chancellaria do mesmo consulado uma copia da sentença final ¹.

IV. Compete aos vice-consules residentes fóra da séde do districto consular: 1.º) informar o consul das contravenções e crimes committidos na sua circumscripção por subditos portuguezes ou a bordo dos navios de commercio portuguezes; 2.º) receber queixas e denuncias e transmitti-las ao consul; 3.º) proceder á formação do corpo de delicto e aos outros actos de instrucção que, desde logo, for conveniente realizar; 4.º) conhecer, quando expressamente auctorizado pelo consul, das contravenções a que corresponda o processo verbal acima in-

¹ Embora constituissem legislação especial para o julgamento dos crimes committidos pelos portuguezes em territorio chinês, devem considerar-se revogados o decreto de 29 de dezembro de 1849, que mandou observar escrupulosamente o direito consuetudinario em virtude do qual eram competentes as auctoridades judiciaes de Macau para processar, julgar e punir os reus portuguezes por todos os crimes committidos no territorio chinês, sem excepção ou restricção alguma, fossem ou não portuguezes os offendidos, e o decreto de 8 de março de 1893, que, mantendo a competencia das auctoridades de Macau para o processo accusatorio e para o julgamento, determinou que, para tornar mais certa a punição dos criminosos, o processo preparatorio fosse organizado pelo respectivo consul, o qual o enviaria depois de concluido ao juiz da comarea, para este, em vista dos autos, se habilitar a dar por constituído o corpo de delicto e a proferir o despacho de pronuncia, não só porque o decreto de 24 de dezembro de 1903, que approvou o Reg. consular, revogou as disposições em contrario do estipulado no Regulamento, mas

dicado. Só por determinação expressa do consul poderá, porém, o vice-consul proceder a buscas domiciliarias ou á prisão dos indiciados, excepto em caso de flagrante delicto.

V. Das sentenças dos consules e dos tribunaes consulares em materia crime ha recurso para as Relações de Goa, Moçambique ou Lisboa, nos termos indicados. Cabem, porém, na alçada do juizo consular, e porisso não admittem recurso, as sentenças dadas nas causas crimes em que as penas applicaveis, separada ou cumulativamente, forem as seguintes : 1.^o) repressão ; 2.^o) suspensão de direitos politicos até dois annos ; 3.^o) multa até seis meses ou até 500\$000 reis, quando a lei fixar a quantia ; 4.^o) desterro até seis meses ; 5.^o) prisão correccional até seis meses.

VI. Quando a pena applicavel, segundo os usos locaes, for mais branda que a comminada nas leis patrias, será esse facto considerado principal circumstancia attenuante para os effeitos do art. 94.^o do Codigo penal.

principalmente porque o art. 183.^o do mesmo Regulamento estatuiu que, nos imperios da China, Marrocos, etc., os consules exerceriam jurisdição sobre os seus nacionaes em conformidade com os usos locaes, os tratados em vigor e as disposições do regulamento, não apparecendo depois qualquer excepção relativamente aos crimes commettidos por portuguezes em territorio chinês.

É ainda de notar que, dando o tratado com Siam (art. 6.^o) competencia commutativa aos consules portuguezes e ao juiz de Macau para o julgamento dos crimes commettidos pelos portuguezes em Siam, enquanto determina que os criminosos tanto podem ser entregues ao consul para elle os punir devidamente, como enviados para Macau, para ahi serem processados, hoje a alternativa só pode dar-se quanto aos crimes que não foram attribuidos pelo Reg. consular exclusivamente aos tribunaes do reino, ilhas adjacentes ou provincias ultramarinas. O consul pode receber os criminosos, mas, nos casos excluidos da sua competencia, deverá entregá-los ao julgamento do tribunal de Macau.

VII. O consul ou tribunal consular podem suspender a execução da pena, se esta for de prisão correccional, quer simples quer aggravada com multa, quando as circumstancias do crime e o anterior comportamento moral do delinquente assim o aconselhem e quando se reconheça que o reu não foi ainda condemnado por qualquer crime.

197. 2.º) *Países em que tem sido modificado ou abolido o regimen das capitulações.* Representando a jurisdicção consular uma notavel restricção dos direitos da soberania local, determinada pelas differenças de religião e de civilização, pela falta de confiança nas instituições judicarias dos povos não christãos e pelo desamor desses povos para com os subditos das nações de civilização enropeia, era natural que, por um lado, nos estados não christãos se manifestasse o desejo e a tendencia para limitar ou para eliminar aquella jurisdicção e que, por outro lado, os estados christãos se resolvessem a acceptar as restricções ou mesmo a eliminação, quando a organização da justiça local offerecesse aos seus subditos as garantias necessarias á salvaguarda dos seus direitos.

a) *Reforma judiciaria do Egypto. Tribunaes mixtos*¹. Por circumstancias diversas, como a falta dum governo central forte que quisesse e soubesse fazer respeitar as leis e os tratados, a convergencia de cidadãos dos diversos estados civilizados para o exercicio do commercio, a grande facilidade com que os estrangeiros podiam acolher-se sob a protecção deste ou daquelle consul, segundo lhes conviesse, e assim determinar, nas diversas causas, a lei particular por que deviam ser reguladas as suas obrigações, etc., produziu o regimen das

¹ MARTENS, *Nouveau recueil général de traités*, 2.ª série, vol. II, pagg. 587 e segg.

capitulações no Egypto graves perturbações e abusos na administração da justiça, o que levou o khediva Ismail a pensar numa organização judiciaria nova que remediase os males existentes. Começou por pedir á Porta o necessario consentimento para entrar em negociações com as potencias interessadas e, obtido elle, celebrou em 1869 com a Inglaterra, a Confederação da Allemanha do Norte, a Austria, a França, a Italia, a Hespanha, ás quaes se juntaram depois os Estados Unidos, uma convenção para o effeito de realizar a reforma judiciaria baseada na organização de tribunaes mixtos. Foi para esse fim nomeada uma commissão internacional, a qual se reuniu no Cairo a 18 de outubro de 1869 e elaborou a reforma, que ficou concluída em 1874, foi promulgada pelo governo egypcio a 16 de setembro de 1875 e successivamente approvada pelos estados civilizados ¹.

A reforma creou tribunaes mixtos, tres de primeira instancia, no Cairo, em Alexandria e Zagazig (mais tarde em Ismailá e hoje em Mansurah) e um de appellação em Alexandria.

Os tribunaes mixtos são compostos de magistrados estrangeiros e de magistrados indigenas, todos nomeados pelo governo egypcio, que, comtudo, deve proceder em harmonia com as indicações dos governos estrangeiros, sendo estes afinal que, realmente, fazem a nomeação.

Prepondera, porém, o elemento estrangeiro, pois, pela reforma de 1874-1875, deviam os tribunaes de primeira instancia ser constituídos por sete juizes, quatro estrangeiros e tres

¹ Pela lei de 18 de abril de 1876, foi o governo portuguez auctorizado a suspender provisoriamente a jurisdicção consular no Egypto e a adherir por tempo limitado á nova reforma judiciaria proposta neste estado.

indigenas, e o de segunda instancia de onze, sete estrangeiros e quatro indigenas, e em 1905, por virtude de successivas ampliações, eram semelhante tribunaes compostos, segundo informa RAUSAS, o do Cairo, de doze magistrados estrangeiros e seis indigenas, o de Alexandria (primeira instancia), de dez magistrados estrangeiros e seis indigenas, o de Mansurah, de seis magistrados estrangeiros e tres indigenas, e, o de appellação, de dez estrangeiros e cinco indigenas.

A presidencia dos tribunaes mixtos pertence a juizes indigenas. As funcções destes juizes são, porém, puramente honorificas, limitando-se ao poder de presidir, sem o direito de voto, ás reuniões para a eleição dos vice-presidentes e de tomar logar á frente do tribunal nas cerimoniaes publicas. As funcções de presidente, são, effectivamente, desempenhadas por um magistrado estrangeiro, designado, em cada anno, pela maioria absoluta dos membros do tribunal, tanto indigenas como estrangeiros.

Junto de cada um dos tribunaes funcionam agentes do ministerio publico, a quem compete fiscalizar, no andamento dos processos, a observancia dos tratados diplomaticos e das leis internas do estado. A esta magistratura do ministerio publico dá unidade um procurador geral, que deve ser um magistrado estrangeiro. Os seus ajudantes ou substitutos podem ser indigenas, a não ser que os estados que adheriram á reforma se tenham reservado o direito de exigir que um dos membros do ministerio publico seja escolhido entre os magistrados do seu país, como o fizeram a França, a Allemanha, a Russia, etc., pois que, em tal caso, esses países deverão ter representação na magistratura do ministerio publico junto dos tribunaes mixtos.

Os tribunaes mixtos foram installados em 1875, começaram a funcionar em 15 de fevereiro de 1876 e, segundo o regulamento de organização judiciaria de 1874-75 elaborado pela

commissão internacional e as modificações nelle introduzidas por decretos egypcios de 1900 ¹, são competentes :

1.º) Para as acções civeis ou commerciaes entre indigenas e estrangeiros ou entre estrangeiros de differente nacionalidade.

2.º) Para as acções reaes immobiliarias entre indigenas e estrangeiros ou entre estrangeiros da mesma ou de differente nacionalidade. (Pelo regulamento de 1874-75 eram competentes para *quaesquer* acções immobiliarias, mesmo entre indigenas).

3.º) Para as acções criminaes por todas as contravenções de policia commettidas por estrangeiros, por delictos commettidos contra os magistrados judiciaes ou officiaes de justiça durante ou por virtude do exercicio das suas funcções, por delictos commettidos pelos mesmos funcionarios no exercicio das suas funcções, e ainda por delictos de bancarrota e connexos.

Segundo o decreto khedival n.º 1 de 1900, os tribunaes mixtos não tẽem competencia para as questões entre a municipalidade de Alexandria e indigenas, bem como não podem conhecer das questões relativas á propriedade do dominio publico, julgar os actos de soberania ou medidas do governo em execução e na conformidade das leis e regulamentos de administração publica, nem mesmo interpretar os actos de administração ou suspender a sua execução, mas podem julgar as lesões causadas por esses actos aos direitos dum estrangeiro reconhecidos pelas leis ou pelos tratados.

As sentenças civeis e commerciaes devem ser proferidas — em primeira instancia por cinco juizes, tres estrangeiros e dois indigenas, devendo, porém, nas causas commerciaes, ser adjuntos ao tribunal dois assessores negociantes, um estrangeiro

¹ R. D. I. P., 1899, pagg. 311 e segg., e 1900, pagg. 214 e segg.

e outro indigena com voto deliberativo e escolhidos por eleição, — e, em segunda instancia, por oito juizes, cinco estrangeiros e tres indigenas.

As contravenções commettidas por estrangeiros são julgadas por um juiz estrangeiro delegado do respectivo tribunal. Os delictos e crimes são, respectivamente, julgados pelo tribunal correccional, formado por tres juizes, um indigena e dois estrangeiros, e quatro assessores, +dois da nacionalidade do reu quando elle assim o requeira, e pelo tribunal de assentada, constituído por tres conselheiros do tribunal de appellação, um indigena e dois estrangeiros, e doze jurados, por metade da nacionalidade do reu, se este o requerer.

O tribunal de appellação ainda funciona na sua constituição ordinaria, como tribunal de revista em materia penal. O recurso de revista pode ter logar nos casos de condemnação, e pelos fundamentos 1.º de o facto não ser punivel, 2.º) de a lei ter sido mal applicada ao facto incriminado, 3.º) e de haver nullidade substancial do processo. Em materia civil e commercial não ha recurso de revista.

Os tribunaes mixtos foram estabelecidos, a titulo de ensaio, por um periodo de cinco annos, que expirou no 1.º de fevereiro de 1881, foi depois prorogada successivamente por todas as potencias interessadas a sua jurisdicção, sendo a ultima prorogação de 1905 e pelo espaço de cinco annos a partir do 1.º de fevereiro do mesmo anno.

As leis applicadas pelos tribunaes mixtos são tambem *codigos mixtos* inspirados pelos codigos europeus e que começaram a vigorar no 1.º de janeiro de 1876.

Ao lado dos tribunaes mixtos funcionam, para as acções que não são da sua competencia, os tribunaes consulares e os tribunaes locais. Os tribunaes consulares conhecem de todas as acções civeis e commerciaes não immobiliarias entre indivi-

duos da mesma nacionalidade e conhecem das acções de estado e capacidade, quando para ellas tenham competencia segundo as suas leis nacionaes, e das relativas a successões legitimas ou testamentarias, ainda quando interessem a individuos de differente nacionalidade, pois que estas acções não entram na esphera jurisdiccional dos tribunaes mixtos, e conhecem finalmente das acções criminaes que estejam fora da competencia restricta destes tribunaes e lhes pertençam segundo o regimen das capitulações; os tribunaes locaes conhecem de todas as acções civeis e commerciaes, de estado e capacidade e successões entre indigenas ou a elles relativas, e de todas as acções penaes em que o reu seja um indigena e fóra dos casos de competencia dos tribunaes mixtos.

Representa, pois, a organização judiciaria do Egypto um curioso encontro de tres ordens de jurisdicções, constituindo os tribunaes mixtos uma transição entre as jurisdicções consulares e as jurisdicções locaes, as quaes prevalecerão afinal quando a civilização e instituições daquelle pais derem seguras garantias duma recta administração da justiça em relação aos estrangeiros ¹.

β) *Reforma judiciaria no Japão*. Mais funda do que no Egypto foi a reforma judiciaria no Japão. Sujeito, como os demais estados não christãos, ao regimen das capitulações, começou o Japão em 1882 a fazer tentativas para a abolição da jurisdicção dos consules estrangeiros dos estados que tinham missões diplomaticas ou consulados em Tokio e, nada tendo conseguido na conferencia para isso reunida naquella cidade em maio de 1886, resolveu tratar separadamente com cada uma das potencias interessadas, e, porque a organização judiciaria do Japão e as suas instituições judiciarias estavam á altura de

¹ *R. D. I. P.*, tom. i, pag. 126, tom. iv pagg. 341 e segg., e tom. vii, pagg. 214, e segg.

todos os progressos realizados pelas nações occidentaes e nada justificava as anomalias judicarias e as derogações da soberania territorial existentes em virtude dos tratados ¹, obteve, a partir de 1894, uma serie de tratados, destinados a entrar em vigor em 1899, que supprimiram a jurisdicção dos consules estrangeiros. A reforma do Japão foi mais funda que a do Egypto, porque f. i a consagração plena das jurisdicções territoriaes ².

γ) *Abolição da jurisdicção consular em diferentes países.* A abolição do regimen das capitulações devia effectuar-se de modo mais ou menos rapido e de modo mais ou menos completo em alguns estados balticos pela applicação do tratado de Berlim de 1878, em virtude do qual os antigos principados danubianos se desligaram completa ou incompletamente da dependencia da Turquia. Foi o que aconteceu com a Servia, Montenegro e Romania, que foram reconhecidos como estados independentes, e com a Bulgaria, que passou a constituir um estado vassallo; estados onde a jurisdicção consular ficava sem razão de ser, desde que elles harmonizassem as suas leis e as suas instituições com os principios da civilização europeia, pelo que aquelle tratado, declarando aliás que o regimen então vigente continuaria a observar-se, previa o seu desaparecimento mediante as devidas reformas e a conveniente celebração de tratados, que aquelles estados mais ou menos já realizaram ou conseguiram ³.

¹ *R. D. I.*, tom. xxiii, pagg. 5 e segg.

² *R. D. I. P.*, tom. i, pagg. 562 e segg., tom. ii, pagg. 111 e segg. e 614 e segg., e tom. v, pagg. 384 e segg.; *R. D. I.*, tom. xxv, pagg. 213 e segg., e tom. xxxi, pagg. 93 e segg.; Tratado de Portugal com o Japão, de 26 de janeiro de 1897.

³ Vid. tratados entre : a França e a Servia de 18 de janeiro de 1883; o Montenegro e a Italia de 28 de março de 1883; e a Romania e a Italia de 17 de agosto de 1880.

O tratado de Berlim levou egualmente á abolição das capitulações na Bosnia e na Herzegovina, pois que, passando estas provincias para a administração plena e, de facto, soberana da Austria e sendo ali introduzidas as leis e as instituições judiciarias austriacas, nenhuma razão havia para a conservação da jurisdição consular.

Quanto á ilha de Chypre, que, como sabemos, passou, por tratado de 4 de junho de 1878, para a administração da Inglaterra, as capitulações foram, de facto, suspensas, por consentimento das potencias, pelo tempo que a Inglaterra conservar aquella administração, que é, praticamente, uma fórma de soberania.

Tambem na Tunisia foram abolidas as capitulações desde que a França, como estado protector, ali introduziu as suas leis e a sua organização judiciaria. As potencias europeias interessadas renunciaram naturalmente a esse privilegio, já escusado, em favor dos seus nacionaes.

Estes exemplos de abolição das capitulações tõem, principalmente, o merito de mostrar que ellas constituem um regimen anormal e instavel que se dissolve á medida que o progresso da civilização e das instituições judiciarias dos povos não christãos não exigem a sua conservação.

A mesma Turquia, que com relativa facilidade concluiu capitulações com os estados europeus e americanos, a começar pelas capitulações com a França em 1528 e 1535 e successivamente com muitos outros estados, entre os quaes apparece Portugal com o tratado de 20 de março de 1843 ¹, soffre hoje com imprecencia o regimen capitular, que cerceia os seus direitos de soberania e fere o seu amor proprio. Já em 1856, no congresso de Paris, na sessão de 25 de março, o plenipo-

¹ BORGES DE CASTRO, *Collecção de tratados*, tom. vi, pag. 492.

tenciario turco Ali-Pachá punha oficialmente a questão da revogação das capitulações, apresentando-as como origem de todas as difficuldades que embaraçavam as relações commerciaes da Turquia e a acção do governo ottomano, e mostrando a logica do seu desaparecimento com as reformas realizadas e com a entrada da Sublime Porta no concerto europeu. Os representantes das potencias illudiram habilmente a questão apresentada pelo plenipotenciario turco, mas a mesma questão ficou virtualmente posta, reapareceu com um caracter geral em 1867 e foi renovada por occasião da guerra greco turca de 1897, pretendendo a Turquia supprimir, relativamente á Grecia, o regimen das capitulações. Foi devido á acção das grandes potencias que no tratado de paz de 4 de dezembro de 1897 ficou estabelecido que o regimen capitular seria mantido em principio e que os dois estados concluiriam uma convenção consular para regular os pontos sobre que tivesse havido abusos, convenção que effectivamente foi concluida, não directamente entre os governos turco e hellenico, pois que estes governos não puderam chegar a accordo sobre as suas disposições, mas por meio de arbitragem confiada aos agentes diplomaticos das potencias junto do sultão, que, por sentença de 2 de abril de 1901 ¹, formularam a convenção consular greco-turca, em cujo artigo 20.^o o regimen capitular é expressamente mantido em favor da Grecia. A questão tornará por certo a vir á discussão quando a oportunidade o permittir e as potencias cederão quando a Turquia der garantias duma recta administração da justiça em relação aos estrangeiros.

198. Embora sem caracter diplomatico, são os consules investidos pelo estado que os nomeia de funcções importantes

¹ *R. D. I. P.*, 1901, pag. 71.

para a protecção e defesã dos seus nacionaes e, porisso, lhes são conferidas certas prerogativas e isenções tendentes a garantir-lhes o bom cumprimento da sua missão.

Semelhantes prerogativas variam, porém, muito dos países christãos para os países não christãos, pelo que convem considerar separadamente a situação dos consules naquelles ou nestes.

a) *Prerogativas dos consules nos países christãos.* 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 recebidos 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 locaes. Todavia, para bem definir esta isenção e evitar todas as difficuldades, determinam, em geral, as convenções consulares que os papeis da chancelaria 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) *Immuniade de jurisdicção criminal*. Ao contrario do que acontece com os agentes diplomaticos, não gosam, em principio, os consules da immuniade 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 immuniade 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 immuniade 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*, 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) *Immuniade 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

¹ Reg. consular, art. 17.º

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 justica 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 ahi exerçam o commercio ou alguma industria, os quaes são equiparados, para os effeitos tributarios, a quaesquer outros particulares ¹.

¹ Os agentes consulares das nações estrangeiras são em Portugal expressamente isentos de contribuição industrial (Reg. de 16 de julho de 1896, art. 5.º, n.º 2.º) pelos proventos do seu emprego, bem como da contribuição de renda de casas e sumptuaria (Reg. de 24 de abril de 1902, art. 1.º, § unico, n.º 2.º) quando não recebam no reino outros rendimentos alem dos provenientes dos respectivos cargos.

6.º) *Direitos honoríficos.* Os consules têm o direito honorífico 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 países não christãos.* São mais numerosos nestes países que nos países christãos os privilegios e as prerogativas dos consules, podendo dizer-se que, sob esse ponto de vista, são elles ali equiparados aos agentes diplomaticos. A differença de costumes, de religião e de constituição politica e social dos povos de civilização não europeia explica a diversidade de situação. Com PIÉDLIÈVRE ², podemos resumir 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, considerando-se como situada em territorio do estado que os nomeia, não podendo ninguem introduzir-se ali á força e não tendo nenhuma auctoridade local o direito de ali 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

¹ Reg. cons., art. 16.º

² *Ob. cit.*, pag. 554.

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 ali estabelecer uma capella e de empregar no serviço religioso ministros da sua religião.

A maior parte destas immuniidades 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.

199. As funcções consulares podem suspender-se ou acabar por algum dos seguintes motivos :

1.º) Por ser retirada aos consules a sua carta patente.

2.º) Por lhes ser retirado o *exequatur* por parte do governo local, o que pode dar se por motivos pessoaes aos consules ou provir do estado de relações entre os governos.

3.º) Pela suppressão do consulado ou pela annexação da sua séde a um outro estado. Neste ultimo caso, a mudança de soberania inutiliza o *exequatur* e põe naturalmente fim ás funcções dos consules.

4.º) Por morte dos consules.

A guerra não põe necessariamente fim ás funcções dos consules dos estados belligerantes, pois que, não tendo a sua missão um caracter essencialmente politico, devem elles poder continuar a proteger os interesses dos seus nacionaes. Todavia, de facto, as missões consulares acabam e os consula-

dos são confiados, com os archivos, aos consules dum estado amigo.

No caso de revolução politica no estado local ou de mudança da fórma do seu governo, as missões consulares continuam, porisso que os consules não são agentes politicos, e, porisso, são estranhos ás questões de soberania.

Quando um consul deixe o seu consulado, este continue e da sua guarda e gerencia interina não fique encarregada alguma pessoa designada pelas leis, pelo consul ou pelas auctoridades do país do mesmo consulado, será este entregue ao consul duma nação amiga, que o dirigirá até á chegada do seu novo titular. É de notar, comtudo, que o consul estranho escolhido para tomar conta do consulado só deve encarregar-se delle depois de devidamente auctorizado pelo seu governo ¹.

¹ Reg. cons., art. 24.º § 1.º

§ V

Congressos e conferencias ¹

SUMMARIO : — 200. Tendencias de organização da comunidade internacional. — 201. Instituições de caracter internacional. Congressos e conferencias. Distincção entre as duas instituições. — 202. Estados que podem fazer-se representar nos congressos e conferencias. Forma da representação. — 203. Convocação, constituição, funcionamento e deliberações dos congressos e conferencias. — 204. Força obrigatoria e execução das decisões dos congressos e conferencias. — 205. Os congressos e conferencias na evolução das relações internacionaes. Tendencias e previsões.

200. Alem dos chefes de estado, dos ministros dos negocios estrangeiros, dos agentes diplomaticos e dos consules, ainda deverão considerar-se orgãos das relações internacionaes do primeiro grupo todas aquellas instituições que, no exercicio das suas funcções, desempenhem uma acção que possa interessar aos estados estrangeiros. Entre ellas se encontram, por exemplo, os tribunaes que, no desinvolvimento do seu poder jurisdiccional, são chamados a julgar questões que respeitem a estrangeiros, para definir os seus direitos ou tornar effectivas as suas obrigações, à applicar as leis estrangeiras, quando ellas devam regular a situação juridica das pessoas ou dos bens sobre que

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 297 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, n.º 796 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 8 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 586 e segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 451 e segg.; BLUNTSCHLI, *ob. cit.*, §§ 108 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, artt. 1019 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. IV, pagg. 219 e segg.; PIÉDLIÈVRE, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 11 e segg.; NYS, *ob. cit.*, vol. III, pagg. 7 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 524 e segg.

tenham de sentenciar, a praticar diligencias que pelos tribunaes das outras nações lhes sejam rogadas para os coadjuvarem na administração da justiça civil ou para com elles cooperarem na repressão da criminalidade, e a dar execução ás sentenças proferidas no estrangeiro e cujos effeitos devam produzir-se no seu país. Em qualquer dos casos, os tribunaes duma determinada nação são órgãos das relações internacionaes, exercem uma função cujo assento não está apenas no interesse dessa nação, mas se refere ás conveniencias superiores da communitade internacional. E não poderia dizer-se o mesmo dos parlamentos que formulam preceitos de direito internacional, dos governos que praticam actos de interesses para os outros estados, como quando offerecem os seus bons officios ou a sua mediação para evitor ou pôr termo a um conflicto armado, das armadas que exercem a policia dos mares, etc.? De certo: o que tudo prova que a communitade internacional é uma realidade sociologica tendendo para a sua necessaria orealização. E tal tendencia, no caminho da sua realização progressiva, já foi alem da adaptação de instituições nacionaes para fins internacionaes, produzindo a formação de instituições organica e funcionalmente internacionaes para a effectivação dos interesses communs dos estados civilizados.

201. Com effeito, o desinvolvimento progressivo da vida internacional, depois de ter determinado a formação de órgãos das relações entre os estados proprios de cada um destes e destinados principalmente a promover ou defender os seus interesses geraes ou os particuleres dos seus subditos fóra da sua esphera jurisdiccional, deu lugar ao apparecimento duma nova serie de órgãos das relações entre os povos que são verdadeiramente órgãos internacionaes, tanto pelo seu character institucional, pois que não pertencem a este ou áquelle estado, mas são órgãos communs a um grupo maior ou menor de na-

ções, como pela sua natureza funcional, pois desempenham funções de interesse commum dessas nações. Taes órgãos das relações dos estados são caracteristicamente instituições da sociedade internacional e uma creação evidente das necessidades da communitade dos povos civilizados.

São de tres categorias estas novas instituições, umas destinadas a tomar deliberações de interesse internacional — *congressos* e *conferencias*, outras com a missão de realizar serviços de utilidade commum dos differentes estados — *commissões* e *officios internacionaes*, e outras, finalmente, creadas para resolver de modo juridico os conflictos entre os estados — *tribunaes arbitraes*.

Em geral, os congressos e as conferencias são assembleias diplomaticas de representantes dos estados, destinadas a discutir e resolver questões de interesse commum internacional, quer se trate de applanar difficuldades e decidir conflictos entre as nações, quer se pretenda estabelecer com nitidez uma situação juridica para o futuro e assim assegurar e regular as relações pacificas entre os povos.

Não se tem estabelecido nem doutrinal nem praticamente uma differença nitida entre congressos e conferencias, apparecendo grandes divergencias entre os escriptores acerca dos caracteres distinctivos destas instituições e não se seguindo na pratica dos estados um criterio uniforme e seguro para designar as assembleias dos seus representantes. O mais que pode dizer-se é que, segundo o uso ordinario, se chamam particularmente congressos as assembleias diplomaticas que tratam das questões mais importantes, vastas e complexas, e conferencias aquellas que tõem por objecto uma questão especial e mais restricta, relativa, por exemplo, aos serviços publicos internacionaes, como correios e telegraphos, propriedade litteraria, etc. Mas nem mesmo esta differença se mantem, pois se tem dado o nome de conferencias a reuniões diploma-

ticas que, segunde este criterio, deveriam chamar-se congressos, como acontece com a conferencia da paz da Haya, que tratou de questões tão importantes como o desarmamento, a arbitragem internacional e o direito de guerra, e denominam-se congressos assembleias que, em harmonia com o mesmo criterio, deveriam ser conferencias, como, por exemplo, os congressos postaes.

Devemos recordar neste lugar o que já dissemos ao estudar as uniões internacionaes, e é que, em algumas destas, como na união telegraphica e na união postal, ao lado da assembleia de plenipotenciarios, apparece uma assembleia administrativa formada de delegados das administrações encarregadas em cada estado dos serviços centraes a que as uniões respeitam, a que se dá o nome de *conferencias administrativas* e que desenvolvem e regulamentam as resoluções das assembleias diplomaticas.

202. Só os estados soberanos podem *normalmente* tomar parte nas assembleias diplomaticas. Os estados meio-soberanos são representados nessas assembleias pelas potencias de que dependem. Poderão, porém, esses estados, *excepcionalmente* e por consentimento das potencias, intervir nos congressos e conferencias, quando uns ou outras se occupem de assumptos que lhes interessem e elles possam exercer a representação internacional e celebrar tratados com ou sem auctorização do estado suzerano ou protector. Foi assim que a Bulgaria se fez representar na conferencia da paz da Haya e tomou parte nas deliberações.

Além da plenitude de soberania, exige-se, para um estado ter o direito de intervir num congresso ou numa conferencia, que elle seja directamente interessado nas questões para cuja discussão e resolução estas assembleias se reunirem. Fóra, todavia, dos estados directamente interessados, podem participar

nos congressos e conferencias as potencias por cuja mediação ou bons officios aquelles estados se reunnam em conselho diplomatico para a resolução de questões communs.

Mas, desde que sejam soberanos e interessados, todos os estados, pequenos ou grandes, fortes ou fracos, devem ser chamados a tomar parte nos congressos e nas conferencias. É, como nota DE MARTENS, uma regra de justiça elementar. Não tem, contudo, esta regra sido sempre praticamente observada, arvorando se, por vezes, os grandes estados em arbitros dos destinos dos estados fracos, resolvendo em congressos ou conferencias questões que lhes dizem respeito sem lhes darem participação nas suas resoluções. Semelhante pratica é claramente iniqua e contraria ás bases em que assenta a organização da comunidade internacional.

A representação dos estados nos congressos e conferencias realiza-se por meio de agentes diplomaticos com plenos poderes para tomarem parte nas deliberações e, porisso, se chamam *plenipotenciarios*, sendo o seu conjuncto que constitue verdadeiramente a assembleia diplomatica. Podem, porém, os estados enviar, alem dos plenipotenciarios, delegados technicos que os dirijam e aconselhem sobre as questões especiaes tratadas nas reuniões dos diplomatas. Foi assim que muitos dos estados que se fizeram representar na conferencia da paz da Haya ali enviaram tambem os seus delegados militares.

O numero de representantes que cada estado pode enviar a um congresso ou conferencia é livremente determinado pelo respectivo governo.

Cumpra observar que algumas vezes têm tomado parte nos congressos os chefes soberanos dos estados, como aconteceu nos congressos de Vienna e de Aix-la-Chapelle, onde estiveram os soberanos da Austria, da Prussia e da Russia, e que até alguns escriptores têm visto na participação dos chefes de estado o signal distinctivo dos congressos em relação ás con-

ferencias. A verdade é, porém, que semelhante participação, de si um facto raro, não caracteriza os congressos, dando-se este nome a assembleias em que, no seu maior numero, não tem tido logar a intervenção de chefes de estado.

203. A iniciativa da convocação dum congresso ou conferencia pode partir ou duma potencia interessada na solução das questões a submeter á apreciação da assembleia diplomatica, ou duma potencia mediadora que procure approximar os estados em conflicto para a resolução anigavel das suas desintelligencias. A convocação official é naturalmente precedida de negociações preliminares tendentes a fixar o logar e a epocha da reunião, as questões a resolver, o fim que se tem em vista, a extensão dos poderes dos enviados, destinadas, em summa, a dar aos estados as indicações necessarias para elles se prepararem convenientemente para tomar parte em semelhantes assembleias.

Os congressos e conferencias reúnem-se no tempo e logar previamente designados, sob a presidencia provisoria do primeiro plenipotenciario, quasi sempre o ministro dos negocios estrangeiros, do país onde tem logar a reunião. O primeiro acto a praticar é a eleição do presidente definitivo, a qual recae, em regra, sobre o mesmo plenipotenciario, por deferencia e respeito para com o seu estado. Feita a eleição, procedem os plenipotenciarios á troca e exame dos poderes ou plenos poderes e, sendo estes encontrados em boa e devida forma, fica a assembleia constituida. Nomeiam-se então os secretarios, que são propostos pelo presidente e escolhidos de entre os secretarios de legação ou de entre os altos funcionarios do ministerio dos negocios estrangeiros do país, determina-se o modo de proceder e de deliberar, organiza-se a marcha dos debates, regulam-se as questões de precedencia, de alternativa e de cerimonia, se não estiverem já reguladas nas negociações pre-

paratorias, nomeiam-se as necessarias commissões ou para a redacção definitiva das resoluções ou para o estudo e exame das questões especiaes, tomam-se, emfim, todas as deliberações conducentes ao bom andamento dos trabalhos do congresso ou conferencia.

As questões submettidas ao exame da conferencia ou do congresso, embora possam ser estudadas em commissões de exame nomeadas pelos plenipotenciarios, são sempre apreciadas, discutidas e resolvidas em em sessões plenarias e as deliberações sempre tomadas verbal e directamente. Para dar, contudo, ordem e ligação á marcha das discussões, para registrar as opiniões emittidas e os argumentos invocados e para fixar os resultados adquiridos, é redigida depois de cada sessão uma acta com o nome de *processo verbal* ou *protocollo*, onde deve conter-se o resumo preciso dos pontos discutidos e das deliberações tomadas, que deve ser assignada por todos os plenipotenciarios e deve ser lida e submettida á approvação da assembleia no começo da sessão immediata.

As deliberações dos congressos e conferencias são tomadas por meio de votação, tendo cáda estado um só voto, seja qual for o seu grau de interesse nas questões a resolver e seja qual for o numero dos seus representantes. Esta doutrina deriva logicamente do principio da egualdade dos estados perante o direito internacional.

Os congressos e as conferencias são imagem da communiidade internacional, que é uma união livre de estados eguaes, e, porisso, nas suas decisões não se impõe a vontade das maiorias ás minorias e só por accordo de todos os seus membros se podem tomar deliberações que devam considerar-se como deliberações de semelhantes assembleias. É assim que, se dentro dum congresso ou duma conferencia apparecem divergencias entre uma maioria e uma minoria, os esforços da assembleia devem tender a persuadir á minoria que renuncie á sua

oposição e concorde com a maioria, e, se não se obter a unanimidade, o fim da reunião não será atingido e deverá esta considerar-se como abortada, a não ser que as divergencias apenas se manifestem em relação a pontos secundarios ou a alguns pontos fundamentaes e haja accordo sobre alguns assumptos essenciaes, pois, em tal caso, ainda os conselhos diplomaticos poderão chegar a algum resultado positivo, formulando as suas deliberações sobre os pontos em relação aos quaes se obtiver unanimidade.

O resultado positivo das deliberações dos congressos e conferencias é redigido num *acto* ou *protocollo final*, que approva e confirma as deliberações constantes dos protocollos anteriores e é assignado por todos os plenipotenciarios segundo a ordem alphabetica ou segundo as regras da alternativa. No momento de assignar, podem os signatarios fazer declarações no sentido de precisar o seu consentimento e de evitar uma interpretação prejudicial, declarações que são inseridas no *protocollo* de assignatura ou encerramento.

204. As decisões dos congressos e das conferencias são apenas obrigatorias para os estados que as assignam ou que a ellas adherem. A sua imposição aos estados que as não acceitam, não seria uma consequencia das deliberações do congresso mas um *acto* de intervenção.

Mas, em relação mesmo aos estados cujos plenipotenciarios assignam o *acto final* dum congresso ou duma conferencia, só se tornam obrigatorias as decisões nesse *acto* consignadas depois de elle ser devidamente ratificado pelos respectivos governos. O *acto final* dum congresso ou duma conferencia tem o character dum tratado e, porisso, está sujeito á ratificação, como acontece com todos os tratados.

A execução das decisões dos congressos e das conferencias, porque não existe no concerto internacional um poder central

encarregado de a tornar effectiva, depende inteiramente das potencias signatarias, as quaes livremente determinam o meio de dar applicação pratica ás suas decisões. E a falta dum tal poder faz tambem com que seja ainda um problema a resolver o dos meios de assegurar aquella execução, não tendo as decisões dos congressos e das conferencias, alem das sanções geraes dos preceitos do direito internacional, outra garantia de cumprimento que não seja a grande força moral das resoluções tomadas num conselho de estados, que naturalmente se impõe ás potencias que o constituem e nelle tomam solemnes compromissos.

205. Os congressos e as conferencias tẽem desempenhado, segundo já dissemos ¹, uma dupla função, tendendo, ora a terminar guerras e a resolver conflictos entre os povos, ora a formular e a fixar, na qualidade de assembleias internacionaes, principios reguladores das relações pacificas dos estados, sendo sob este segundo aspecto que se revela o maior numero das assembleias diplomaticas dos ultimos tempos. Os factos mostram, com effeito, claramente, não só a dupla função dos congressos e conferencias, mas ainda a manifestação cada vez mais accentuada da sua missão reguladora ao lado da sua missão pacificadora.

Até ao congresso de Vienna (1814-1815), as assembleias internacionaes eram sobretudo destinadas a pôr termo ás grandes guerras, o seu resultado era um tratado de paz, e as suas resoluções tinham por fim definir a situação politica ou territorial dos estados. Tal foi, entre outros, o caracter: do congresso de Westphalia de 1648, que pôs fim á guerra dos trinta

¹ Supra, pag. 56.

annos; do congresso de Utrecht de 1713, por que terminou a guerra da successão de Hespanha; do congresso de Aix-la-Chapelle de 1748, por que fechou a guerra da successão de Austria; dos congressos de Paris e de Hubertsburg de 1762 e 1763, por que acabou a guerra dos sete annos; do congresso de Basileia de 1795, onde foi negociada a paz entre a republica franceza e o rei da Prussia; e do congresso de Paris de 1814, destinado a regularizar definitivamente o estado de paz entre a França e as potencias. Todos estes congressos tiveram realmente por objecto exclusivo a negociação de tratados de paz e, alguns, a resolução de questões de politica geral.

O congresso de Vienna inaugura uma era nova na historia das assembleias diplomaticas e estas vão funcionar tambem como grandes corpos *legislativos*. E, em verdade, este congresso, se procurou pacificar a Europa perturbada por convulsões internacionaes, já *legislou* sobre a navegação dos rios internacionaes ¹ e sobre as precedencias diplomaticas ², e, das reuniões diplomaticas posteriores, se algumas se propuseram uma obra de pacificação e a resolução de questões de politica internacional, como foram, entre outras, o congresso de Paris de 1856, que pôs termo á guerra da Crimeia, o congresso de Berlim de 1878, que terminou a guerra turco-russa, a conferencia de Pekim de 1900, que regulou as relações das potencias com a China depois da intervenção armada provocada pela insurreição dos Boxers, e é a conferencia de Algeiras de 1906, que se propõe resolver o conflicto entre a França e a Allemannha ácerca dos direitos da França em Marrocos, muitas

¹ Acto final de 9 de junho de 1815, artt. 108.º a 116.º

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

outras, e principalmente desde meiaados do seculo passado e no seculo actual, tomaram resoluções applicaveis a factos futuros e formularam principios *legislativos* communs reguladores da acção dos estados nas suas mutuas relações. Assim, alem da conferencia da paz da Haya de 1899, acima indicada: o congresso de Aix-la-Chapelle de 1818 modifica e completa o regulamento das precedencias diplomaticas ¹; os plenipotenciarios que haviam constituido o congresso de Paris de 1856 definem, reunidos em conferencia, na declaração de 16 de abril daquelle anno, principios de direito internacional maritimo em tempo de guerra ²; a conferencia de Genebra de 1864 garante a assistencia aos militares feridos ou doentes durante as guerras terrestres ³; a conferencia de Paris de 1865 cria e regula a União telegraphica internacional ⁴, — a conferencia tambem de Paris de 1875 a União dos pesos e medidas ⁵, — a conferencia de Berne, do mesmo anno, a União postal geral ⁶, hoje União postal universal, — a conferencia de Paris de 1883 a União para a protecção da propriedade industrial ⁷, — a conferencia de Berne de 1886 a União para a protecção da propriedade artistica e litteraria ⁸, — a conferencia de Bruxellas de 1889-1890 a União para a repressão do trafico de escravos ⁹, — a conferencia tam-

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. II, pag. 46.

² BORGES DE CASTRO, *Coll. cit.*, vol. VIII, pag. 90.

³ *Nova Collecção de Tratados*, vol. II, pagg. 61 e segg.

⁴ *Ob. e vol. cit.*, pagg. 103 e segg.

⁵ *Ob. cit.*, vol. IV pag. 101.

⁶ *Ob. e vol. cit.*, pagg. 63 e segg.; Carta regia de 30 de setembro de 1898.

⁷ Carta regia de 17 de abril de 1884.

⁸ POINSARD, *Droit international conventionnel*, Paris, 1894, pagg. 511 e segg.

⁹ Carta regia de 24 de março de 1892.

bem de Bruxellas de 1890 a União para a publicação das tarifas aduaneiras ¹, — a conferencia de Berne, ainda do mesmo anno, a União internacional dos caminhos de ferro ², — a conferencia de Bruxellas de 1902 a União internacional dos açucares, — a conferencia de Strasburgo de 1903 a União sistematica internacional, — e a conferencia de Paris de 1903 a União sanitaria ³; a conferencia de Paris de 1884 organiza a protecção dos cabos submarinos no alto mar ⁴; a conferencia de Berlim de 1885, entre outros assumptos, regula a navegação do Congo e do Niger e determina as condições de legitimidade de novas occupações e do estabelecimento de novos protectorados nas costas do continente africano ⁵; no congresso sul-americano de Montevideu, de 25 de agosto de 1888 a 18 de fevereiro de 1889, são discutidos importantes problemas de direito internacional e assignados pela Argentina, Bolívia, Brasil, Chili, Paraguay, Perú e Uruguay 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 ⁶; o congresso pan-americano de Washington, de 18 de novembro de 1889 a 20 de abril de 1890, reunido por iniciativa dos Estados Unidos, procura formular medidas tendentes a conservar a paz e a augmentar a prosperidade dos diversos estados americanos, a

¹ Carta de lei de 3 de agosto de 1891.

² POINSARD, *ob. cit.*, pagg. 151 e segg.

³ Supra, pagg. 267 e 268.

⁴ Carta regia de 24 de julho de 1884.

⁵ Carta regia de 3 de setembro de 1885.

⁶ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, xviii, pagg. 346 e segg.

a formar uma união aduaneira americana, a estabelecer em cada um dos estados um systema uniforme do regulamento das alfandegas, das questões sanitarias e de quarentenas, a estabelecer linhas de navegação regular entre os portos dos diversos estados, a adoptar um systema uniforme de pesos e medidas e de leis protectoras da propriedade industrial e litteraria, a regular de modo uniforme a extradicação de criminosos, a adoptar uma moeda commum de prata emittida pelos diversos governos e com curso legal nas transacções commerciaes dos cidadãos de todos os estados americanos, e a organizar um plano definitivo de arbitragem para a solução dos conflictos levantados entre os estados americanos, e no do Mexico de fins de 1901 e principios de 1902, celebrado ainda por iniciativa dos Estados Unidos, embora a convite do governo mexicano, para de novo discutir as questões contidas no programma de 1889, resolveu-se que os diversos estados da America, não são signatarios das convenções da Haya de 29 de julho de 1899, a ellas adherissem, ficando os governos dos Estados Unidos e do Mexico encarregados de negociar a adhesão, foram assignados ou negociados tratados de arbitragem permanente entre os estados ali representados, como o concluido a 29 de janeiro de 1902 entre a Argentina, a Bolivia, a Republica dominicana, Guatemala, Salvador, Mexico, Paraguay, Uruguay ¹, e foram emittidos votos e tomadas deliberações importantes relativos, por exemplo, á creação dum banco interamericano com succursaes nos principaes centros commerciaes para facilitar as relações commerciaes entre os diversos estados americanos, á construcção duma linha ferrea do Labrador a Buenos-Ayres, ao estabelecimento de uniões interamericanas para a protecção da propriedade

¹ R. D. I. P., 1903, *Documents*, pag. 15.

industrial, artistica e litteraria, á preparação de dois codigos internacionaes, um de direito publico e outro de direito privado, para regular de futuro todas as relações internacionaes, e á unificação do direito que rege os estrangeiros; as importantes *Conferencias de direito internacional privado* da Haya de 1893, 1894, 1900 e 1904, reunidas por iniciativa do governo hollandês e tendentes a estabelecer principios uniformes de direito internacional privado, as quaes formularam diversos projectos de convenção, tendo sido já oito delles convertidos em tratados, um de 14 de novembro de 1896 relativo ao processo civil, tres de 12 de junho de 1902, respeitantes, o primeiro aos conflictos de leis e de jurisdicção em materia de casamento, o segundo aos conflictos em materia de divorcio e de separação de pessoas, e o terceiro aos conflictos em materia de tutela de menores ¹, e os quatro restantes de 17 de julho de 1905, referentes ao processo civil, conflictos de leis em materia de successões e testamentos, conflictos de leis em materia de efeitos do casamento quanto ás relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges, e conflictos de leis em materia de interdicção e medidas de protecção analogas ²; a conferencia de Paris de 1902 para a repressão do *trafico das brancas*, que formulou os meios de reprimir o trafico criminoso do *engajamento* de mulheres maiores ou menores com destino á prostituição ³; a conferencia de Berne de 1905, que determinou as bases de duas convenções referentes á protecção internacional dos trabalhadores, uma sobre a prohibição do trabalho nocturno das mulheres empregadas na industria, e outra sobre a prohibição do emprego

¹ Carta regia de 28 de julho de 1898; *R. D. I.*, 1902, pag. 485, e 1904, pagg. 516 e segg.

² *R. D. I. Pr. et D. Pén. Int.*, 1905, pagg. 781 e segg.

³ *R. D. I. P.*, 1902, pagg. 497 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, n.º 901.

do phosphoro branco na industria dos phosphoros ¹; a conferencia de direito maritimo de Bruxellas, tambem de 1905, que concluiu uma convenção destinada a unificar as regras juridicas a applicar aos abalroamentos no mar e á salvagão maritima : — exemplos, por certo, sufficientes para provar que a função dos congressos e das conferencias se vae tornando accentuadamente *legislativa* e que a sua obra de pacificação *reparadora* tende a converter-se em missão de pacificação *preventiva* e reguladora.

Mas os factos ainda revelam, como tambem deixamos dicto ², duas outras importantes tendencias das assembleias diplomaticas, a tendencia para a sua transformação em instituições de *funcionamento regular e periodico*, e a tendencia para constituirem a *representação normal da sociedade internacional* pelo numero progressivamente maior dos estados que nellas tomam parte, o que leva a crer que a sociedade internacional caminha para a organização de assembleias de estados que, representando os interesses das nações e funcionando regularmente, formulem os principios juridicos disciplinadores das relações internacionaes.

Interpretam porisso uma tendencia positiva da sociedade dos estados aquelles que propugnam a constituição dum congresso ou *parlamento internacional* que formule progressivamente os principios reguladores das relações internacionaes ³.

¹ *R. D. I. P. et D. Int. Pén*, 1905, pagg. 593 e segg.

² *Supra*, pag. 58.

³ A formação dum congresso internacional de caracter mais ou menos permanente, defendida de ha muito por numerosos escriptores, foi ainda no anno findo proposta na conferencia da União interparlamentar de Bruxellas de 1905 pelo grupo interparlamentar americano. A conferencia não se pronunciou, porem, sobre o assumpto. Enviou o projecto a uma commissão de exame, para ser discutido na sessão immediata. (*Union interparlamentaire, XIII.^e conférence, Bruxelles, 1905, pag. 194*).

Mas auctorizarão ainda os factos a previsão dalguns publicistas de que virá a organizar-se um congresso permanente, que, constituindo a representação *politica* dos estados civilizados, formule preceitos juridicos *obrigatorios*, que sejam *lei* positiva da sociedade internacional? Semelhante organização e caracter numa assembleia internacional involucariam a conversão da sociedade dos estados num grande estado federal e a substituição por uma base *constitucional* da base *convencional* em que hoje assenta aquella sociedade, e semelhantes transformações não parecem conter-se na evolução das relações internacionaes, que têm assumido um caracter progressivamente convencional. A assembleia internacional dos estados será, por certo, um resultado da tendencia de organização das relações internacionaes, mas será tambem de base contractual em correspondencia com a evolução historica da civilização internacional ¹.

¹ FIORE, *Diritto int. codificato*, pagg. 60 e segg.; Novicow, *La fédération de l'Europe*; DE MARTENS, *ob. cit.*, pag. 287.

§ VI

Commissões e officios internacionaes

SUMMARY: — 206. Aparecimento e caracter das commissões e officios internacionaes. — 207. Semelhanças e differenças entre as duas ordens de instituições no que respeita á sua organização e ás suas funcções. — 208. Significação evolutiva de semelhantes instituições como meio de organização das relações internacionaes.

206. As exigencias da vida internacional, assim como levaram os estados a reunir-se em assembleias *deliberativas*, que definissem os principios reguladores das suas mutuas relações, assim os conduziram a crear instituições internacionaes de caracter *administrativo* destinadas a desempenhar serviços de utilidade commum a um maior ou menor numero de estados.

O apparecimento das instituições *administrativas* internacionaes começou naturalmente pela nomeação de commissões mixtas *temporarias* compostas de delegados de dois estados e por accordo entre estes designados para o desempenho dum serviço que a ambos interessasse.

A nomeação de commissões mixtas temporarias representava, é certo, apenas um esboço da nova ordem de institui-

¹ Vide supra, pagg. 259 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pagg. 564 e segg.; KASANSKY, *R. D. I.*, 1897, pag. 244, e *R. D. I. P.*, 1902, pag. 358; POINSARD, *Droit international conventionnel*; Paris, 1894, pagg. 177, 238, 302, 517 e 574 e segg.; LA FONTAINE, *La paix et l'enseignement pacifiste*, pagg. 25 e segg.

ções, mas indicava já o processo de que os estados se serviriam para organizar os serviços communs de character mais ou menos permanente, e qual deveria logicamente consistir na criação de órgãos communs aos estados a que esses serviços respeitassem e de duração illimitada em harmonia com a indole dos mesmos serviços. Assim aconteceu. Em verdade, para organizar e desempenhar os serviços permanentes relativos ou a um determinado ponto territorial, como a navegação dum rio internacional, ou a interesses economicos e sociaes de natureza geral, como as communicações telegraphicas, postaes e ferroviarias, a repressão do trafico de escravos, etc., crearam-se instituições tambem permanentes e de competencia mais larga, que, com regularidade, dessem satisfação ás necessidades geradoras desses serviços. As commissões internacionaes do Danubio e do Congo, as commissões internacionaes da União geodesica, da União dos pesos e medidas, da União para a repressão do trafico, da União dos assucars e da União de sismologia, e os officios internacionaes de todas as uniões são exemplificação bem clara das instituições administrativas de character permanente ¹.

Mas, ao lado destas instituições de nós já conhecidas, devem mencionar-se outras de criação mais ou menos recente e que vieram mostrar que a sociedade internacional marcha constantemente no caminho da sua organização. São essas instituições: a *Commissão administrativa do pharol do cabo de Spartel*, creada pela convenção de Tanger de 31 de maio de 1865, constituida dos representantes dos estados contractantes junto do governo marroquino e encarregada da direcção superior e da administração do pharol, construido por aquelle

¹ Vid. supra, pagg. 259 e segg.

governo no interesse da navegação de todos os estados ¹; o *Officio internacional* da Haya, creado pela conferencia da paz de 1899, na convenção de 29 de julho deste anno relativa á resolução pacifica dos conflictos internacionaes (art. 22.^o), para servir de secretaria ao tribunal de arbitragem permanente creado pela mesma conferencia, para ser intermediario das communicacões relativas ás reuniões daquelle tribunal e para ter sob a sua guarda os archivos bem como gerir todos os negocios administrativos attinentes ao serviço da arbitragem, e o *Conselho administrativo permanente*, creado pela mesma conferencia e na mesma convenção (art. 28.^o), o qual, formado pelos agentes diplomaticos das potencias signatarias dessa convenção acreditados na Haya e constituido sob a presidencia do ministro dos negocios estrangeiros dos Países-Baixos, foi encarregado de estabelecer e organizar o officio internacional, que funciona sob a sua direcção e inspecção, de notificar ás potencias a constituição do tribunal e de tomar as providencias necessarias á sua installação, de fazer e communicar ás potencias o seu regulamento interno e todos os outros regulamentos necessarios, de decidir todas as questões administrativas que possam levantar-se relativamente ao funcionamento do tribunal, de nomear, suspender e exonerar os funcionarios e empregados do Officio internacional, e de enviar annualmente ás potencias signatarias um relatorio sobre os trabalhos do tribunal, sobre o desempenho dos serviços administrativos e sobre as despesas feitas, instituções reveladoras de que, pela convenção da Haya, se constituiram os estados signatarios como que em uma União internacional para o exercicio da arbitragem e organizaram instituções

¹ *Nova collecção de tratados*, tom. II, pag. 139.

semelhantes ás que encontramos nas uniões propriamente ditas para o desempenho dos serviços administrativos respectivos.

A começar com as commissões mixtas temporarias e de missão especial, as instituições internacionaes administrativas tẽem sempre uma base convencional. Creadas por meio de tratados, tẽem as attribuições que por esses tratados lhes são conferidas e as suas decisões tẽem o valor que lhes dá o diploma da sua organização. De resto, este caracter da sua organização e funcionamento está de plena harmonia com o modo de ser actual da sociedade internacional, que é, como sabemos, o duma união livre de estados eguaes, ligados pela solidariedade dos seus interesses e das suas tendencias.

207. As instituições internacionaes de character administrativo até hoje organizadas revestem, pois, o character de commissões e officios internacionaes, commissões e officios que tẽem de semelhante o desempenharem serviços administrativos de interesse commum dos estados, mas que differem no que respeita á sua organização e á amplitude das suas funções.

Quanto á organização, as commissões, ás quaes são equiparados os conselhos internacionaes, são de character *collegial* ou corporativo, formadas por delegados dos estados signatarios das convenções que as criam, delegados que são collocados numa linha de egualdade em correspondencia com a egualdade juridica dos estados delegantes, ao passo que os officios são instituições de character burocratico, formadas de funcionarios internacionaes, cuja nomeação pertence á entidade designada pelos estados interessados, que é, por exemplo, na União para a publicação das tarifas aduaneiras, o ministro dos estrangeiros da Belgica, estado séde do respectivo officio in-

ternacional, e, segundo a convenção da Haya, o conselho administrativo.

Quanto ás funcções, tẽem as commissões attribuições mais latitudinarias e uma acção mais livre que os officios internacionaes, pois, emquanto estes se limitam a praticar actos determinados nas convenções e regulamentos internacionaes e na pratica desses actos estão sujeitos á inspecção, ou das mesmas commissões, quando ellas existem, ou do governo da sua séde, em quaesquer outros casos, aquellas tẽem não só competencia para a pratica de actos semelhantes, mas são dotadas da faculdade de regular as suas attribuições e as dos officios internacionaes, dirigem e inspecionam os serviços por estes desempenhados e estão isentas doutra auctoridade que não seja ou da conferencia dos representantes dos estados interessados, como acontece na União dos pesos e medidas, ou do governo de cada um dos estados em relação aos seus representantes, como naturalmente deve acontecer nos outros casos, não obstante o silencio das respectivas convenções.

Como nota KASANSKY e é facil de ver, as commissões correspondem melhor que os officios internacionaes aos principios sobre que assenta a vida internacional, pois já prescindem da fiscalização do governo do estado da sua séde, a qual representa a subordinação dum serviço internacional a um governo nacional. É certo, todavia, que os simples officios internacionaes tẽem sido preferidos para os casos em que os estados se propõem um fim de realização relativamente facil, por ser tambem mais facil e mais economica a sua organização, e em todo o caso, parece que a existencia das commissões internacionaes não dispensa facilmente os correspondentes officios, pois estes existem a seu lado nas Uniões geodesica, de pesos e medidas, da repressão do trafico, dos assucares e de sismologia, para não fallar já do officio da Haya, que é evidentemente indispensavel.

208. Considerando agora as commissões e officios internacionaes sob o ponto de vista da organização evolutiva da sociedade internacional, representam taes instituições orgãos internacionaes encarregados de dar execução ás resoluções dos estados reunidos em congressos e conferencias, pois, deixando de lado as commissões mixtas temporarias, para considerar só as instituições administrativas permanentes, que são as verdadeiramente caracteristicas, foram ellas creações de congressos ou conferencias para dar effectividade ás suas deliberações, como é certo, por exemplo, para as uniões internacionaes e para as instituições encarregadas dos serviços administrativos da arbitragem. Pode, porisso, dizer-se que semelhantes instituições são manifestações já inequivocas dum futuro *directorio executivo* na ordem internacional, que, sob uma base de contractualidade ou dentro duma organização federal, será encarregado de dar cumprimento ás deliberações da assembleia dos estados, quer estes estejam ligados por um simples laço convencional, quer se encontrem relacionados por meio dum acto constitucional.

§ VII

Tribunaes arbitraes ¹

SUMMARIO : — 209. Indicação geral dos meios de resolver os conflictos internacionaes. Noção e caracteres da arbitragem internacional. — 210. Desinvolvimento historico da arbitragem internacional. — 211. Seu modo de ser actual. As suas formas e a sua amplitude. Tendencias. — 212. A sua organização. Tribunaes arbitraes. Tribunal permanente da Haya. — 213. Tendencia para a sua transformação em instituição internacional de *caracter obrigatorio*. — 214. Sancções da arbitragem internacional. — 215. Os congressos e conferencias, as commissões e officios internacionaes e o tribunal permanente de arbitragem como esboço de organização da sociedade internacional sobre uma base convencional.

209. Devido a causas diversas, como a violação de direitos ou a collisão de interesses, surgem frequentemente conflictos

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, vol. III, pagg. 125 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, n.º 930 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 567 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 169 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. VI, pagg. 13 e segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 416 e segg.; REYON, *L'Arbitrage international, son passé, son présent et son avenir*, Paris, 1892; ROUARD DE CARD, *Les destinées de l'arbitrage international*, Paris, 1892; DREYFUS, *L'Arbitrage international*, Paris, 1892; MÉRIGNHAC, *L'Arbitrage international, e Traité de droit public international*, I, pagg. 427 e segg.; LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale*, Berne, 1902; *R. D. I. P.*, vol. 6.º, 1899, pagg. 9 e segg., e 651 e segg.; *R. D. I.*, vol. 34.º, 1902, pagg. 349 e segg.; DUPLESSIX, *Vers la paix*, Paris, 1903; JARAY, *La politique franco-anglaise et l'arbitrage international*, 1904; *Conférence internationale de la paix*, Haya, 1899; JACQUES DUMAS, *Les sanctions de l'arbitrage internationale*; NYS, *ob. e vol. cit.*, pagg. 55 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 534 e segg. Vide obras citadas na nota 2 de pag. 278; etc.

entre os estados e apparece como natural consequencia a necessidade de lhes dar uma solução.

Têm sido e ainda são diversos os meios empregados para resolver taes conflictos, classificando-os geralmente os internacionalistas em *pacíficos* e *coercivos* ou *violentos*, segundo o processo empregado para lhes pôr termo. Pertencem ao primeiro grupo— as negociações directas, os bons officios, a mediação, os congressos e as conferencias, as commissões internacionaes de inquerito, e a arbitragem, e entram no segundo— a retorsão, as represalias, o embargo, o bloqueio pacifico, e a guerra. Diremos o mais syntheticamente possivel em que consiste cada um destes meios de resolver os conflictos internacionaes, para delles fazermos uma ideia geral e para bem caracterizarmos a arbitragem internacional.

I) MEIOS PACIFICOS. — a) *Negociações directas*. O meio mais simples de resolver os conflictos internacionaes consiste em os estados interessados se entenderem directamente, ou mediante notas diplomaticas trocadas entre os respectivos governos ou por meio de conferencias entre os seus representantes quer ordinarios quer especialmente delegados para esse effeito. O resultado das negociações pode ser o reconhecimento por parte dum dos estados das pretensões do adversario, pode ser uma concessão reciproca ou uma transacção, ou pode ser nullo, e então tem de recorrer-se a outro meio de resolver o conflicto.

b) *Bons officios*. Quando dois estados entram em conflicto, pode uma terceira potencia cooperar para a sua solução, emprehendo os seus esforços para approximar aquelles estados, e facilitando as negociações entre elles para os conduzir a um accordo satisfactorio. A esta interferencia num conflicto para approximar os estados dissidentes e facilitar as suas negociações dá-se o nome de bons officios.

c) *Mediação*. A mediação representa tambem a intromissão duma terceira potencia no conflicto, mas duma fórmula mais

accentuada que nos bons officios, pois que o estado mediador, em vez de se limitar a approximar os estados dissidentes e a facilitar as suas negociações, toma parte nas negociações, entra nas discussões, dirige-as num sentido determinado, suggere soluções e discute as pretensões das partes. Esta participação nas negociações, discussão e soluções deve ser acceita pelos estados em conflicto e assentar, porisso, no seu consentimento, pois, doutro modo, se a ingerencia do terceiro estado for imposta obrigatoriamente, em vez de mediação, haverá intervenção. As decisões do estado mediador têm apenas auctoridade moral e, porisso, só moralmente se impõem aos estados dissidentes, e o mesmo estado mediador, não sendo parte no tratado ou accordo afinal celebrado entre os dissidentes, não pode compellir estes ao cumprimento das obrigações ahi contraídas.

A resolução dos conflictos internacionaes pelo recurso aos bons officios ou á mediação tem merecido particular attenção ás potencias, as quaes, no tratado de Paris de 30 de março de 1856 (art. 8.^o), no protocollo tambem de Paris de 14 de abril do mesmo anno, no acto final da conferencia de Berlim de 1885 (art. 12.^o), na convenção da Haya de 29 de julho de 1899 (artt. 2.^o a 8.^o e 27.^o), no tratado de paz e amizade de Corinto concluido entre as republicas de Costa Rica, Salvador, Honduras e Nicaragua, de 20 de janeiro de 1902 (art. 7.^o), e no já referido tratado de arbitragem permanente entre diversos estados americanos (pag. 645) de 29 do mesmo mês e anno (artt. 6.^o a 12.^o), procuraram fixar regras ácerca do exercicio dos dois processos de pacificação internacional. O tratado de Paris estabeleceu a mediação *obrigatoria* para os conflictos entre as potencias signatarias e a Porta, determinando que esta e cada uma daquellas, antes do emprego da força, deviam recorrer ás potencias signatarias estranhas ao conflicto, para ellas procurarem resolvê-lo pela sua acção mediadora; no protocollo de 14 de abril, assignado a instancias

de Clarendon, representante da Inglaterra no congresso de Paris, foi emitido «o voto de que os estados, entre os quaes viessem a levantar-se graves dissidencias, antes de recorrerem ao emprego das armas, appellassem, tanto quanto as circumstancias o permittissem, para os bons officios duma potencia amiga», voto a que adheriram quarenta estados; o acto de Berlim impõe ás potencias signatarias ou adherentes a obrigação de recorrerem, antes da declaração de guerra, á mediação duma ou de mais potencias amigas por occasião dos conflictos que entre ellas se levantem a respeito das suas possessões na bacia do Congo; na convenção da Haya, lê-se que as potencias signatarias accordaram em recorrer, no caso de conflicto, tanto quanto as circumstancias o permittirem, aos bons officios ou á mediação duma ou de mais potencias amigas, que as mesmas potencias signatarias se concederam o *direito* de offerecer os seus bons officios ou a sua mediação ás potencias em conflicto, antes ou depois do rompimento das hostilidades e sempre que as circumstancias o permittissem, sem que esse offerecimento pudesse ser considerado como um acto pouco amigo, e que como acto de bons officios deve ser considerado o facto de qualquer das potencias signatarias, no caso de estar imminente qualquer conflicto entre algumas dellas, lhes lembrarem que o tribunal arbitral está aberto ás suas reclamações; no tratado de Corinto, os estados contractantes reconhecem-se a faculdade de offerecer, isolada ou conjunctamente, os seus bons officios aos governos dos estados em conflicto, ainda sem a previa acceitação por parte destes e sem que lhes tenha sido notificada a difficuldade pendente; e no tratado do Mexico, firmaram-se principios semelhantes aos consignados na convenção da Haya quanto a bons officios e mediação para resolver os conflictos entre os estados signatarios do mesmo tratado. Consequentemente, ou sob a fórma duma *obrigação* dos estados em conflicto, ou sob a fórma dum *direito*

dalguns estados estranhos, tẽem as potencias procurado tornar effectivo o recurso aos bons officios e á mediação, o que constitue uma clara affirmação do sentimento de paz que vae dominando o espirito contemporaneo.

d) *Congressos e conferencias.* As assembleias diplomaticas, formadas ou só de representantes dos estados interessados ou de representantes destes estados e de estados mediadores, são meios de realizar as negociações directas ou de conjugar estas com a mediação e constituem evidentemente um optimo processo de discussão dos direitos dos estados e de promover a conciliação dos seus interesses.

e) *Commissões internacionaes de inquerito.* Estas commissões são um novo meio de resolver amigavelmente litigios entre estados creado pela Conferencia da paz. As commissões internacionaes de inquerito servem para resolver os conflictos provenientes de questões de facto, como se vê do artigo 9.º da convenção de 29 de julho de 1889, cujos termos são: «Nas pendencias de character internacional que não involvam nem a honra nem interesses essenciaes e que derivem de divergencia de apreciação sobre questões de facto, as potencias signatarias julgam util que as partes, que pelas vias diplomaticas não tiverem conseguido chegar a accordo, instituam, quando as circumstancias o permittirem, uma Comissão internacional de inquerito, encarregada de facilitar a solução desses litigios, procurando esclarecer as questões de facto por meio dum exame imparcial e consciencioso». As commissões constituem-se por meio de convenção especial entre as partes em litigio, onde se precisam os factos a examinar, se determina a extensão dos poderes dos commissarios, e se fixam as regras de processo, e os commissarios são escolhidos pelas partes, ou por accordo immediato ou pela escolha de dois commissarios por cada uma das partes, os quaes escolherão um commissario de desempate, e, se não chegarem a accordo, será este escolhido por uma po-

tencia designada pelas partes ou por duas potencias individualmente indicadas por cada uma dellas, se doutro modo se não conseguir um accordo. O inquerito é realizado mediante processo contradictorio e apresentado ás potencias litigantes em relatorio assignado por todos os commissarios. Este relatorio, limitado á verificação dos factos, não tem o valor duma sentença, deixando ás potencias em litigio a liberdade de proseguir na solução do conflicto. São, pois, as commissões de inquerito um meio de preparar, pela verificação e apreciação dos factos, uma solução juridica. O tratado de arbitragem do Mexico, de que temos falado, tambem reconheceu, a exemplo da convenção da Haya, as commissões internacionaes de inquerito como um meio de resolver conflictos entre os estados contractantes (artt. 13.º a 19.º).

f) *Arbitragem.* É a arbitragem o meio *juridico* de resolver os conflictos internacionaes e consiste em os estados dissidentes entregarem a solução do conflicto a um tribunal de justiça, para elle o resolver segundo preceitos de direito dando á sua resolução o caracter duma sentença, que os mesmos estados se obrigam a acceitar e a cumprir. A convenção especial em que os estados interessados precisam a questão litigiosa, expõem os pontos de facto e de direito contestados e designam o arbitro ou arbitros que hão de constituir o tribunal tem o nome de *compromisso*, o qual pode conter, alem das indicações apontadas, a designação do lugar e do tempo em que deve effectuar-se o julgamento, das regras de processo a seguir e ainda dos principios de direito segundo os quaes o litigio deve ser decidido. É, pois, a arbitragem o meio de firmar ou de organizar a *paz juridica* e, porisso, será um daquelles para que naturalmente deve tender o espirito humano.

II) MEIOS COERCIVOS. — a) *Retorsão.* A retorsão é uma especie de *talião moral* internacional e consiste em usar de medidas de rigor para com um estado ou para com os seus nacio-

naes, semelhantes ás que esse estado usa para com outros estados ou para com os estrangeiros, até que elle renuncie ao emprego de taes medidas. É dos meios coercivos o menos violento e usa-se quando um estado, sem violar os principios do direito internacional ou as obrigações contraídas em tratados, procede com outro estado ou com os seus nacionaes por um modo contrario á cortesia internacional, aos deveres puramente moraes e á equidade, ou se recusa, sem motivos legitimos, a reconhecer-lhes vantagens ou faculdades que aliás concede a outros estados ou aos seus nacionaes. Assim, entre as causas do retorsão, apparecem, por exemplo, a imposição de direitos excessivos aos productos estrangeiros, o conceder privilegios aos subditos dum estado e recusá-los aos subditos doutro. Intende-se, porém, geralmente que a retorsão nunca pode ir até ao ponto de desrespeitar na pessoa dos estrangeiros o minimo de faculdades juridicas que o direito internacional reconhece na pessoa de qualquer individuo, não se considerando, por exemplo, nunca legitimo o confisco dos bens ou o sequestro das pessoas.

b) *Represalias*. As represalias são como que o *talião juridico* internacional constituído por actos dum estado destinados a violar os direitos dum outro estado, para fazer cessar ou para obrigar a reparar uma injustiça de que este se torne ou tenha tornado culpado. As represalias são assim uma injustiça contraposta a outra injustiça, e nisso differem da retorsão, que é o simples emprego duma medida rigorosa, que não reveste o caracter duma injustiça.

As represalias são *positivas ou negativas*, segundo consistem ou em medidas activas tomadas contra o estado culpado, como o sequestro de bens, ou em não cumprir as obrigações para com esse estado contraídas e em levantar obstaculos ao exercicio dos seus direitos. Mas, positivas ou negativas, não deve recorrer-se a ellas senão depois de inutilmente se ter

procurado obter justiça pelas vias legais e por meios pacíficos.

As represalias podem exercer-se directamente contra o estado, não cumprindo as obrigações com elle contraídas, rompendo as relações diplomaticas e economicas, etc., ou contra os seus nacionaes, recusando-lhes accesso no territorio, privando-os dos privilegios e direitos que lhes tenham sido concedidos, etc. Deve, porém, observar-se que se manifesta hoje uma decidida tendencia para condemnar as represalias exercidas contra particulares, já que elles não devem ser responsaveis pelos actos praticados pelo seu governo, e que, em todo o caso, os internacionalistas accordam em admittir que ellas não podem consistir em actos de barbarie, como a morte da pessoas inoffensivas, ainda para responder a actos da mesma natureza praticados pelos povos selvagens, devem cessar logo que a reparação seja concedida, e devem estar em relação com o prejuizo que a determina.

c) *Embargo*. O embargo é uma forma particular das represalias e consiste em um estado deter nos seus portos ou nas suas aguas territoriaes os navios mercantes doutro estado com o qual se encontre em conflicto, para o compellir a prestar a reparação que seja devida e, em ultimo caso, quando por outro meio lhe não seja dada essa reparação, proceder ao confisco dos mesmos navios. O embargo é, assim, um acto violento que fere injustamente os particulares, os quaes não devem soffrer as consequencias das violações do direito internacional praticadas pelo governo do seu país e, porisso, é geralmente condemnado, como o são as demais represalias de incidencia individual, e tem caído em desuso na pratica internacional.

d) *Bloqueio pacífico*. Ha, em geral, bloqueio quando são interceptadas por meio de forças militares as relações exteriores dum estado. Pode, porisso, o bloqueio ser terrestre ou

maritimo segundo se fecham a um estado as suas communicacões com o exterior por terra ou por mar, sendo, comtudo, o bloqueio maritimo o mais geralmente usado.

O bloqueio é usado ora pelos estados belligerantes durante o curso das hostilidades como uma manobra de guerra, ora antes duma declaração de guerra ou para evitar a pratica de certos actos por parte dum inimigo eventual, como a partida duma esquadra, ou para forçar um estado a conceder certas satisfacções ou reparações, sendo então claramente uma fórmula de represalias. É ao bloqueio praticado fóra duma declaração de guerra que se chama *bloqueio pacifico*. Esta especie de bloqueio, cuja legitimidade é muito discutida pelos internacionalistas e contestada por um grande numero, é a aproveitada, sob a sua fórmula de represalias, para resolver conflictos internacionaes.

e) *Guerra*. Quando nem por meios pacificos nem pelos meios coercivos já apontados se obtem a resolução dos conflictos internacionaes, recorrem os estados ao extremo da guerra e entregam á sorte das armas a decisão das suas contendas. É então a lucta armada que determina quem deverá submeter-se e, se o direito ainda apparece para regular as formalidades com que a guerra ha de ser declarada e continuada, e bem assim para regular os seus effeitos, a decisão é tomada exclusivamente em nome da força e a *justiça* estará do lado do vencedor.

Destacando agora a arbitragem de entre os diversos meios de resolver os conflictos internacionaes, torna-se facil distingui-la de todos elles e determinar devidamente os seus caracteres.

Comparando a arbitragem em primeiro logar com os quatro primeiros meios de resolução pacifica, verifica-se que ella diverge delles tanto no processo de que se serve como no re-

sultado a que chega. As negociações directas, os bons officios, a mediação, os congressos e as conferencias, são meios diplomaticos em que livremente se discutem os direitos e os interesses dos estados em conflicto e cujo resultado tanto pode ser uma resolução harmonica com principios juridicos rigorosos, como uma concessão dum dos estados litigantes, como ainda uma transacção entre os interessados, ao passo que a arbitragem tem a natureza dum processo judicial, em que o conflicto deve ser apreciado sob um ponto de vista exclusivamente juridico e cujo resultado é uma sentença proferida em harmonia com os principios de direito que ao caso devam ser applicados. Quanto ás commissões de inquerito, se é certo que a arbitragem se aproxima dellas no que respeita á verificação e apreciação de factos, que em ambos os casos se realizam em processo contradictorio, afasta-se dellas, comtudo, em poder discutir questões simplesmente de direito e no character da sua resolução, que é uma *sentença*, enquanto a das commissões de inquerito não passa duma *consulta*. Relativamente aos meios coercivos, ha, por um lado, a differença fundamental que consiste em os estados pretenderem, por qualquer delles, fazer justiça por si mesmos, ao passo que na arbitragem se entrega a uma entidade estranha a decisão do conflicto, e, pelo outro, a circumstancia de as represalias, o embargo e o bloqueio serem violações directas do direito e a guerra a substituição do direito pelo poder da força ou pelas eventualidades do acaso, e de a arbitragem ter por unico destino o respeito e a applicação do direito.

É, pois, a arbitragem a fôrma verdadeiramente juridica de resolver os conflictos internacionaes, representando a função judiciaria nas relações antre os estados. Estudá-la-emos, embora ligeiramente, na sua formação evolutiva, no seu modo de ser actual e nas tendencias que os factos deixam surpreender a seu respeito, para conhecermos o serviço que ella já

prestou e aquelle que ainda poderá prestar á vida pacifica das sociedades.

210. Assim como dentro dos grupos sociaes o progresso dos sentimentos, das ideias e das instituições levou á criação do tribunal para a solução dos conflictos entre os individuos, assim tambem na ordem internacional devia o progresso das relações entre os estados conduzir estes a attribuir, mais cedo ou mais tarde e num maior ou menor numero de casos, a um tribunal a decisão das questões que entre si se levantassem.

O tribunal internacional appareceu com effeito e, se ha apenas vestigios menos precisos da sua existencia na antiguidade oriental, o seu funcionamento é já certo na antiguidade hellenica e certo continua nas edades historicas posteriores. Na Grecia, a mesma communitade de condições sociaes que produziu o primeiro esboço dum regimen juridico das relações entre as suas differentes cidades, determinou a tendencia para resolver por meio da arbitragem os conflictos entre as mesmas cidades, arbitragem confiada ou a uma cidade ou aos conselhos de amphictiões ou até a simples particulares. Era a arbitragem limitada á pacificação de desintelligencias entre os povos hellenicos, mas, porisso mesmo, a prova de que semelhante instituição é propria de povos civilizados que tẽem a consciencia dos seus direitos reciprocos.

Tambem Roma conheceu a arbitragem, mas a tendencia absorvente da sua politica não consentiu que por ella fossem resolvidos os conflictos do povo romano com os outros povos, sendo semelhante instituição apenas aproveitada como meio de firmar o dominio dos romanos, os quaes resolviam na qualidade de arbitros os conflictos entre os outros estados para o effeito de preparar a sua submissão.

Na edade media é a arbitragem frequentemente exercida pelos papas e pelos reis e algumas vezes por altos tribunaes

de justiça ou por simples jurisconsultos, devido já á alta influencia do papado, já á progressiva unidade moral dos povos christãos, que começavam a sentir a necessidade de se manterem em relações pacíficas.

Chegam, porém, os tempos modernos e, se, por um lado, o desinvolvimento da sciencia e do estudo do direito internacional produz um accentuado movimento de opinião no sentido de suavizar a guerra e mesmo de a evitar por meio duma jurisdicção superior creada pelos estados e destinada a resolver os seus conflictos, por outro lado, a politica violenta e ambiciosa, que dominou a Europa desde o seculo XVI até aos fins do seculo XVIII, difficultou a manifestação dos effeitos de semelhante movimento de paz, e, porisso, os casos de arbitragem foram pouco numerosos e de pequena importancia durante aquelle periodo.

Felizmente, aquelle movimento de pacificação não ficou sem consequencias beneficicas, e, a partir de 19 de novembro de 1794, data em que os Estados Unidos e a Inglaterra estabeleceram convencionalmente o principio geral da arbitragem para resolver as difficuldades que dividiam os dois estados, a arbitragem internacional entra numa phase de accentuado progresso, ganha cada vez mais a sympathia geral, e impõe-se ao espirito dos povos civilizados como o grande meio de firmar em fundamentos de justiça a resolução dos conflictos internacionaes. E, desta vez, o movimento doutrinal é mais fecundo de resultados praticos, pois o movimento dos factos acompanha e procura approximar-se do movimento das ideias. É o que a observação nos mostra claramente.

O movimento de opinião em favor da arbitragem, começando por obter o suffragio dum grande numero de escriptores que a preconizaram como meio de resolver com justiça os conflictos dos povos, — dominou depois a attenção das sociedades scientificas, como o Instituto de direito internacional, que formulou

em 1875 um projecto de regulamento geral da arbitragem entre os estados e emittiu o voto de que se generalizasse um tal meio de solução dos conflictos internacionaes, e o Instituto de França, que pôs a concurso a questão da arbitragem internacional e premiou em 1892 a obra de REVON escripta em sua defesa, — recebeu o apoio de innumeradas sociedades de paz que na Europa e na America v̄em realizando a propaganda entusiastica da obra da pacificação geral, — encontrou eccó nos parlamentos, onde os representantes dos povos t̄em procurado conseguir que o principio da arbitragem seja introduzido nos tratados com as nações estrangeiras, — deparou-se-lhe uma poderosa acção organizadora na União interparlamentar da paz e arbitragem, que tem estudado com profundeza o grande problema, approvando já na conferencia de Bruxellas de 1895 o Projecto dum tribunal permanente de arbitragem internacional ¹, — foi solemnemente consagrado na conferencia da paz que formulou alguns principios geraes ácerca da arbitragem, creou o tribunal permanente e regulou o processo arbitral, — e dominou as tendencias do congresso panamericano do Mexico de 1902, que viu na arbitragem um coeffericiente poderosissimo da organização da communitade internacional.

O movimento doutrinal esclarece os espiritos, orienta a politica internacional e a ideia da solução juridica das pendencias dos povos concretiza-se num cortejo imponente de factos, reveladores de que o principio da arbitragem domina o sentimento e o pensamento contemporaneos, sendo os *amigos da guerra* raros retardatarios na evolução mental das ultimas gerações e o recurso ás armas na reerlização da *justiça* nternacional mera sobrevivencia como conceito racional, embora com

¹ Sr. JOÃO DE PAIVA, *ob. cit.*, pag. 241.

a apparencia de viva realidade flagrantemente revelada pelos ultimos conflictos armados e determinada pelo apego absurdo a prejuizos tradicionaes ou pela tendencia de insoffridas ambições de imperialismo. E a guerra é uma ideia morta para a sciencia, embora ainda um facto cruel para a humanidade, porque é uma ideia que se appoia na destruição e triumpho pela morte, a destruição de tantos productos do trabalho do homem e a morte dos melhores e mais fortes representantes da humanidade!

O movimento dos factos reveladores do desinvolvimento progressivo da arbitragem internacional affirma-se, por um lado, no crescendo eloquente do numero de conflictos resolvidos por meio de juizo arbitral, e mostra-se, por outro, no apparecimento e augmento constante de tratados que 1.^o) ou contêm uma clausula de arbitragem, *clausula compromissoria*, pela qual os estados contractantes se obrigam a recorrer á arbitragem para resolver os conflictos que entre si se levantem, α) quer só relativamente a certas questões, como as ligadas com a interpretação de tratados, caso em que se denomina *clausula compromissoria especial*, β) quer a respeito de qualquer questão ou pelo menos das questões referentes á generalidade das relações internacionaes, e então chama se *clausula compromissoria geral*, 2.^o) ou são immediatamente celebrados para estabelecer e organizar a arbitragem como meio de resolver todos ou certos conflictos entre os estados signatarios, a que se dá a designação de *tratados de arbitragem permanente*.

Começando pelos casos de arbitragem realizada, verifica-se que no periodo de 1794 a 1900, estudado pelo sabio professor belga H. LA FONTAINE ¹, foram estabelecidas 177 instancias

¹ *Pasicrisie internationale ou Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne, 1902.

arbitraes, 15 de 1794 a 1820, 8 de 1821 a 1840, 20 de 1841 a 1860, 44 de 1861 a 1880, e 90 de 1881 a 1900, e que nos cinco primeiros annos deste seculo, estudados por M. GOBAT ¹, as arbitragens attingiram o numero de 42, o que tudo prova que o numero de arbitragens foi augmentando progressivamente, que, só nos ultimos vinte annos do seculo passado, foi esse numero maior que em todos os annos anteriores, que, conservando se a media dos cinco primeiros annos deste seculo, será o mesmo numero no primeiro periodo de vinte annos muito maior que o correspondente aos ultimos vinte annos do seculo passado, e que, dada a mesma circumstancia, o numero de arbitragens em cada periodo de vinte annos tende a ser superior ao dobro do numero do periodo anterior.

Passando aos casos de clausula compromissoria e aproveitando as investigações do escriptor belga no periodo de 1821 a 1900, nota-se no procedimento dos estados o empenho cada vez maior de assegurar o recurso á arbitragem tornando-a obrigatoria por meio de clausulas dos tratados, pois que, no periodo indicado, foram concluidos 136 tratados com clausula compromissoria, distribuidos por esta forma bem symptomatica: de 1821 a 1840, 10; de 1841 a 1860, 18; de 1861 a 1880, 29; e de 1881 a 1900, 79. Dos 136 tratados, 59 são de clausula arbitral especial e assim distribuidos: de 1821 a 1840, 4; de 1841 a 1860, 4; de 1861 a 1880, 9; de 1881 a 1900, 42. Os 77 restantes são de clausula compromissoria geral e distribuidos deste modo: de 1821 a 1840, 6; de 1841 a 1860, 14; de 1861 a 1880, 20; de 1881 a 1900, 37. Verifica-se, portanto, que tambem os casos de arbitragem *preventiva* vão augmentando successivamente e de sorte, que, só nos

¹ *Compte rendu, — de la XI^e conférence de l'Union interparlamentaire, pag. 100, — de la XII^e, pag. 55, — et de la XIII^e, pag. 138.*

ultimos vinte annos do seculo passado, o seu numero é maior que a somma dos casos dos periodos anteriores ¹.

Mas, de instituição incidental sob a forma de simples clausula compromissoria, a arbitragem preventiva vae-se transformando rapidamente em instituição independente, organizando se em tratados de arbitragem permanente, cujo numero cresce dia a dia e em que os estados civilizados convertem a arbitragem em fim immediato das suas relações convencionaes, obrigando-se a confiar a um tribunal de justiça a resolução dos

¹ Não possuímos ainda elementos para determinar o numero de tratados com clausula compromissoria celebrados no seculo actual. Apenas temos noticia de seis desses tratados, celebrados em 1901 e 1902 (o que de resto já representa uma percentagem apreciavel relativamente aos celebrados nos differentes periodos do seculo passado), entre os quaes mencionaremos a convenção consular entre a Austria e a Bulgaria de 8 de março de 1902, segundo a qual os conflictos relativos á sua interpretação devem, na falta duma solução diplomatica, ser resolvidos pela arbitragem em harmonia com o processo estabelecido pela convenção da Haya de 1889, e pudemos ler na *Correspondence bimensuelle*, publicada pelo *bureau* central da União interparlamentar, que alguns dos tratados de commercio ultimamente concluidos pelo governo allemão com as potencias continham a clausula compromissoria especial, o que é de veras symptomatico, pois que, tendo a Allemanha sido um dos países menos inclinados a estipular em tratados o recurso obrigatorio á arbitragem, semelhante facto vem mostrar que o governo do Kaiser vae transigindo com o espirito de pacificação que domina as sociedades civilizadas. É, porém, de notar que, embora o numero de clausulas de arbitragem não continue a crescer progressivamente no seculo xx, não significa isso que a arbitragem preventiva perca terreno, mas apenas representa a sua organização mais perfeita em tratados de arbitragem permanente. Desde que ha tratados de arbitragem, e estes são cada vez em maior numero, escusado é estipular clausulas de arbitragem nos demais tratados (*R. D. I. P.*, 1903, pag. 813; *MARTENS, N. R. G. T.*, 2.ª série, tom xxxi, pagg. 343, 370, 424, 480 e 552; *Correspondence bimensuelle*, 1905).

seus conflictos. O movimento começa em 1872 com o tratado de arbitragem permanente de 17 de fevereiro entre as quatro republicas da America central — Costa Rica, Guatemala, Honduras e Salvador, continua em 1880 com o tratado de arbitragem permanente de 3 de outubro entre o Chili e a Colombia, conserva-se vagaroso até 1900, pois durante os ultimos vinte annos do seculo XIX apenas podem contar-se onze tratados daquella natureza ¹, mas, — depois do impulso dado pela conferencia da paz, que, no artigo 19.º da convenção para a resolução pacifica dos conflictos internacionaes, convidou os estados signatarios a concluir novos accordos geraes ou particulares no intuito de applicar a arbitragem obrigatoria a todos os casos que as mesmas potencias julgassem que lhe podiam ser submettidos, — depois dos principios proclamados no congresso ibero-americano de 1900, em que se procurou approximar a Hespanha das nações da America hespanhola e em que se viu na arbitragem o grande meio de aplanar as difficuldades que pudessem surgir das suas mutuas relações ², — depois da notavel conferencia do Mexico de 1902, em que o principio da arbitragem dominou por tal fôrma os espiritos, que os Estados Unidos chegaram a propor a celebração dum tratado geral de arbitragem entre todos os estados americanos, em que foi resolvido que estes estados adherissem ás convenções da Haya, e de que resultaram tratados de arbitragem entre muitos dos mesmos estados, — depois das mutuas visitas dos parlamentares de differentes estados, bem como de amiudadas visitas e conferencias dos chefes de estado, em que tantos votos se tõem feito pela manutenção da paz em beneficio da civilização e da humanidade, — e sempre por mercê da obra de

¹ LA FONTAINE, *ob. cit.*, pag. xv.

² R. D. I. P., 1902, pagg. 288 e segg.

justiça desinvólvida com tanto entusiasmo e vivo ardor pela União interparlamentar, accelera-se rapidamente, e o numero de tratados, ou entre a Hespanha e as republicas hispano-americanas, como resultado immediato do congresso de Madrid de 1900, ou entre os diversos estados americanos, como producto do congresso do Mexico de 1902, ou entre os estados europeus, entre os estados europeus e as republicas americanas e entre os Estados Unidos e o Japão, como consequencia da conferencia da paz e de todo o movimento pacifista desinvólvido na Europa e na America, augmenta de modo eloquentissimo, pois: 1.º) a começar com o tratado com o Mexico de 11 de janeiro de 1902 conclue a Hespanha, até ao tratado com a Guatemala de 28 de fevereiro do mesmo anno, nove tratados de arbitragem com as suas antigas colonias, isto é, com a Argentina, Bolivia, Colombia, Republica Dominicana, Guatemala, Mexico, Paraguay, Salvador e Uruguay ¹; 2.º) desde o tratado entre a Costa Rica, Salvador, Honduras e Nicaragua de 20 de janeiro de 1902, concluem os estados americanos, pelo menos, oito tratados de arbitragem, que são, alem do indicado, o tratado entre a Argentina, Bolivia, Dominica, Guatemala, Mexico, Paraguay, Perú, Salvador e Uruguay, de 29, e o tratado entre os mesmos estados e mais a Costa-Rica, Chili, Equador, Haiti, Honduras, Estados Unidos e Nicaragua, para o fim especial de resolver pela arbitragem as reclamações de perdas e damnos em favor dos respectivos nacionaes que não possam ser resolvidas amigavelmente pelas vias diplomaticas, de 30 de janeiro de 1902, o tratado entre a Argentina e a Bolivia, de 3 de fevereiro, o tratado entre o Chili

¹ JARAY, *ob. cit.*, pag. 290; *Compte rendu da XI conferencia interparlamentar*, pag. 6; MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, tom. xxx, pag. 646, e tom. xxxi, pagg. 248, 249, 268 e 270; *R. D. I. P.*, 1903, *Documents*, pag. 14.

e a Argentina de 28 de maio de 1902, e os tratados entre o Brasil e o Chili, o Brasil e a Argentina, e a Argentina e o Uruguay, tres dos quaes são tratados collectivos e estabelecem a união dum maior ou menor numero de estados para o recurso á arbitragem ¹; 3.^o) e, a contar do tratado entre a França e Inglaterra de 14 de outubro de 1903 ² até ao tra-

¹ *R. G. T.*, 2.^e série, tom. xxxi, pagg. 243, 253, 261, 264; *JARAY*, *ob. cit.*, pagg. 270 e segg.; *R. D. I. P.*, *log. cit.*, pag. 15. A noticia da celebração dos tres ultimos tratados lê se na *Correspondence bimensuelle* (1905). Não lhes indica ainda, comtudo, as respectivas datas.

² Reproduzimos aqui o texto do tratado anglo-francês, por elle ter sido o primeiro tratado de arbitragem permanente qua-tal entre os estados europeus e por ter servido de modelo a quasi todos os concluídos entre os demais estados europeus e entre estes estados e a republica norte-americana. Ei-lo: «O governo da Republica francesa e o governo de S. Majestade britannica, signatarios da convenção para a resolução pacifica dos conflictos internacionaes concluida na Haya em 29 de julho de 1899: considerando que, pelo art. 19.^o dessa convenção, as Altas Partes Contractantes se reservaram o direito de concluir accordos com o fim de estabelecer o recurso á arbitragem em todos os casos que o julgarem possível; auctorizaram os abaixo assignados a estabelecer as disposições seguintes: Art. 1.^o Os conflictos de ordem juridica ou relativos á interpretação de tratados vigentes entre as duas Partes Contractantes que entre ellas venham a surgir e não possam ser resolvidos pelas vias diplomaticas serão submettidos ao Tribunal permanente de arbitragem estabelecido na Haya pela convenção de 29 de julho de 1899, sob a condição, todavia, de que não digam respeito aos interesses vittaes nem á independencia ou honra dos dois estados contractantes e não affectem os interesses de terceiras potencias. Art. 2.^o Em cada caso particular, as Altas Partes Contractantes, antes de se dirigirem ao Tribunal permanente de arbitragem, assignarão um compromisso especial, determinando o objecto do litigio, a extensão dos poderes dos arbitros e os tramites a observar no que respeita á constituição do tribunal arbitral e ao processo. Art. 3.^o O presente accordo é concluido pelo periodo de cinco annos a partir do dia da assignatura» (*R. D. I. P.*, 1903, pag. 799.

tação entre a Dinamarca e a Italia de 16 de dezembro de 1905, ultimo de cuja data temos noticia, foram concluidos, entre estados europeus, entre estados europeus e americanos, e com o Japão, mais de quarenta tratados, entre os quaes indicaremos os celebrados entre a França e a Italia de 25 de dezembro de 1903, — entre a Dinamarca e a Hollanda de 12, entre a Hespanha e a França de 26 e entre a Hespanha e a Inglaterra de 27 de fevereiro, entre a França e a Hollanda de 6 de abril, entre Portugal e a Hespanha de 31 de maio, entre a França e a Suecia de 9 e entre a Inglaterra e a Allemanha de 12 de julho, entre a Inglaterra e a Suecia de 8 de agosto, entre Portugal e a Hollanda de 1 e entre a Russia e a Belgica de 30 de outubro, entre os Estados Unidos e a Suissa de 1, entre a Belgica e a Suissa de 15, entre a Inglaterra e a Suissa de 16, entre Portugal e a Inglaterra tambem de 16, entre a Allemanha e os Estados Unidos de 22, entre os Estados Unidos e Portugal de 23, entre a Italia e a Suissa tambem de 23 e entre a Belgica e a Suecia de 30 de novembro, entre a Suissa e a Austria de 3, entre a Inglaterra e os Estados Unidos de 12, entre os Estados Unidos e a Italia de 14, entre a Suecia e a Suissa de 17, e entre os Estados Unidos e a Hespanha de 31 de dezembro de 1904, — entre a Austria e a Inglaterra de 6, entre os Estados Unidos e a Austria de 11, entre os Estados Unidos e a Suecia de 21 e entre a Hespanha e a Belgica de 26 de janeiro, entre os Estados Unidos e o Japão de 10 de fevereiro, entre a Russia e a Dinamarca de 1 de março, entre a Italia e o Perú de 18 e entre a Dinamarca e a Belgica de 26 de abril, entre Portugal e a Suecia de 6 de maio, entre a Dinamarca e a França de 15 de setembro, entre a Dinamarca e a Inglaterra de 25 e entre a Belgica e a Rumania de 26 de outubro, e entre a Dinamarca e a Hespanha de 1 de dezembro de 1905. Ao todo, cerca de sessenta tratados de arbitragem permanente durante quatro annos ape-

nas, isto é, seis vezes mais approximadamente do que nos ultimos vinte annos do seculo findo ¹.

Vae, todavia, o movimento dos factos ainda mais longe. Como a clausula compromissoria foi transição para o tratado de arbitragem permanente, o tratado de arbitragem permanente começou por ser principalmente um tratado apenas singular como estadio evolutivo para o tratado colectivo formando entre os estados uma especie de *união arbitral* para a resolução das pendencias internacionaes. Esta nova fórmã da arbitragem preventiva, já esboçada em algumas clausulas compromissorias, como as do art. 16 da convenção postal de Berne de 1874, hoje reproduzido no art. 24.º da convenção de Washington de 1897, do art. 12.º do Acto de Berlin de 1885 e dos artt. 53.º e 54.º da convenção da União para a repressão do trafico de escravatura de 1890, em que os estados contractantes se comprometteram ou prometteram submeter á arbitragem todos ou alguns dos conflictos respeitantes aos respectivos tratados, revelou a tendencia para a sua organização em tratados independentes no já citado tratado de arbitragem de 17 de fevereiro de 1872 entre as republicas da America central, na tentativa feita em 1883 para agrupar por meio dum tratado de arbitragem permanente a Argentina, a Bolivia, a Colombia, o Equador, o Mexico, o Perú, S. Domingos, o Salvador e a Venezuela, e no tratado assignado, embora não ratificado nos prazos devidos, a 28 de abril de 1890, pelos delegados de dezasete estados americanos representados no Congresso de Washington de 1889-90, foi sancionada pelas republicas da America central

¹ *R. D. I. P.*, 1903, pag. 799, 1904, pagg. 94, 209, 219 e 339, 1905, pagg. 143, 150, 210 e 214; *JARAY, ob. cit.*, pag. 260; *MARMENS, N. R. G. T.*, 2.º série, tom. xxxi, pagg. 610. 611.

Guatemala, Honduras, Nicaragua e Salvador, no tratado de 23 de maio de 1892, foi estabelecida pela convenção da Haya de 29 de julho de 1899, que reconheceu na arbitragem, embora com caracter facultativo e só para as questões jurídicas e designadamente para a interpretação e applicação das convenções internacionaes, o *meio mais efficaz* e ao mesmo tempo *mais equitativo* para dirimir os conflictos não resolvidos pelas vias diplomaticas, foi estipulada pelos tratados de 20, 29 e 30 de janeiro de 1902 concluidos entre diversos estados americanos e já acima indicados ¹. Entre os estados europeus, ou entre os estados europeus e americanos, conserva a arbitragem obrigatoria a forma de tratados singulares, mas a generalização mesma desses tratados mostra que o espirito geral está preparado para o seu reconhecimento num tratado colectivo, obra que por certo virão realizar, em maiores ou menores proporções, novas conferencias da paz, que continuem e desinvolvam a obra humanitaria e civilizadora da conferencia da Haya.

Mostram, pois, os factos, a marcha progressiva da arbitragem, que, pela multiplicação das suas applicações, se vae firmando com firmeza nos costumes internacionaes, que, de simples recurso occasional para resolver um ou outro conflicto de estados, se converte, através de clausulas compromissorias especiaes e geraes e de tratados de arbitragem permanente, em instituição regular organizada pelas convenções internacionaes, que, pela generalização das mesmas clausulas e tratados, tende a alargar a sua acção pacificadora e a unir cada vez mais os estados por um compromisso solemne de a

¹ JARAY, *ob. cit.*, pagg. 278 e segg.; LA FONTAINE, *ob. cit.*, pag. xxi; MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.º série, tom. xxxi, pagg. 243, 261 e 264; *R. D. I. P.*, 1903 *Documents*, pag. 15.

reconhecerem como o unico meio justo de pôr termo aos conflictos que a diplomacia não conseguir resolver, e que, pela celebração de tratados collectivos, se approxima da sua organização aperfeiçoada num tratado geral que agrupe a grande maioria dos estados civilizados para a resolução juridica dos litigios internacionaes. O tratado geral é, com effeito, o termo, natural da evolução gradual pela arbitragem eventual, pelas clausulas compromissorias, pelo tratado de arbitragem singular e pelo tratado de arbitragem collectivo limitado no numero dos estados signatarios.

Ideias e factos, tudo converge, pois, para a previsão dum futuro de maior justiça nas relações dos povos ¹.

¹ Não tem Portugal sido estranho ao grande movimento doutrinal tendente á organização da paz juridica entre as nações, nem tem deixado de participar do movimento de factos por que a arbitragem se ha affirmado nas relações internacionaes, e porisso justo é que façamos algumas indicações acerca da cooperação do nosso pais naquella dupla manifestação das tendencias progressivas dos povos civilizados.

O movimento *arbitralista* doutrinal, representado já tão superiormente pelo notavel professor da faculdade de Direito, o dr. VICENTE FERRER NETTO PAIVA, em cujo livro primoroso — *Elementos de direito das gentes*, se lêem passagens como estas — «seria para desejar que se organizasse uma associação europeia» com a qual «o Direito das gentes teria um tribunal que administrasse justiça entre as nações da Europa, decidindo pacificamente as questões que se originassem acerca dos seus direitos», devendo «antes de se chegar tão alto (isto é, á organização dum *tribunal permanente*), instituir-se arbitros filhos duma obrigação imposta por um tratado geral, feito por todas as nações da Europa, em que reciprocamente se obriguem a não entrar em guerra sem preceder a eleição e o laudo dos arbitros» (*Ob. cit.*, §§ 2.º e 158.º e segg.), tornou-se deveras intenso nos ultimos annos,—já na sua consagração pelo Congresso juridico de Lisboa de 1889, em cujo programma apparecia a questão—«Um tribunal arbitral tornaria mais difficéis as guerras entre os estados? Em caso affirmativo, como deve organizar-se este tribunal?», e em que foi

211. Depois de termos considerado a arbitragem nas suas manifestações historicas, estudá-la-emos agora no seu modo

votada por unanimidade a seguinte proposta — «É indispensavel a instituição d'um tribunal arbitral para resolver as questões internacionaes em ordem a evitar a necessidade das guerras entre os differentes povos. O modo de constituir esse tribunal e de tornar exequivcis as suas deliberações deverá fixar-se em um congresso de representantes de todas as nações» (JOÃO JACINTHO TAVARES DE MEDEIROS, *Congresso juridico de Lisboa*, pagg. 33 e 34),—já na defesa pelo livro, como nos trabalhos do sr. dr. SEBASTIÃO DE MAGALHÃES LIMA, *O Livro da paz, Paz e arbitragem, A paz e a guerra, Fédération ibérique, Obra internacional e Estados Unidos da Europa* (tradução), no do sr. ARCHER DE LIMA, *Humanité, vérité, justice, pour la paix*, no do sr. dr. JOSÉ DE CASTRO, *Pour l'arbitrage international et pour la paix*, no do sr. CONDE DE VALENÇAS, *Arbitragem internacional*, no da sr.^a D. ALICE PESTANA (Caiel), *La femme et la paix, appel aux mères portugaises*, etc., — já na propaganda emprehendida e com exito levada a effeito pela *Liga portuguesa da paz*, fundada em 1899, que, no seu *Boletim* e em conferencias successivas como as dos srs. Dr. MAGALHÃES LIMA — *A paz e a guerra* (1900), CONDE DE PENHA GARCIA — *As convenções da Haya* (1901), CESAR PORTO — *A guerra não findará?* (1902), e CESAR DO INSO — *Os perigos da guerra* (1902) e *Os amigos da guerra* (1904), vem proclamando a necessidade e as excellencias da paz e registando as conquistas do movimento pacifico,—já pela sua consagração parlamentar, a partir de 1892, com a nomeação de commissões de arbitragem nas duas camaras e com a apresentação, admissão e approvação, em junho de 1893, desta importante proposta do deputado dr. JOÃO DE PAIVA—«A camara, tendo em vista o deliberado na conferencia interparlamentar de Berne acerca da arbitragem e da paz, e respeitando os generosos intuitos dos illustres membros daquella conferencia: Faz votos para que o governo introduza de futuro a clausula de arbitragem nos tratados internacionaes sobre commercio e navegação, e proteccão da propriedade industrial, litteraria e artistica; significa o seu desejo de que o país se faça representar na conferencia internacional, que por iniciativa das grandes nações se ocupe da inviolabilidade da propriedade particular sobre o mar em tempo de guerra; e espera que o governo tome na devida consideração a pro-

de ser actual, para depois accentuarmos as suas tendencias finaes.

posta que os Estados Unidos fizeram a todos os países civilizados «de contractos geracs de arbitragem» (Sr. dr. João DE PAIVA, *Relatorio das conferencias interparlamentares*, 1896, pagg. 35 e segg),—já pelo fervoroso trabalho, verdadeiro apostolado, daquelle antigo e illustre deputado, que, com inabalavel fé e inquebrantavel energia de vontade, tem empenhado o seu muito talento, o seu grande saber e até os seus sacrificios em propugnar e impulsionar a realização do seu summo ideal — o estado juridico entre os povos e a manutenção da paz pela arbitragem internacional, do qual são irrefutavel e brilhante demonstração o seu notavel *Relatorio acerca das conferencias interparlamentares*, a sua publicação— *Résolutions prises dans huit conférences interparlementaires*, o seu *Discurso* na sessão da Liga da Paz de 18 de maio de 1904, a sua *Noticia da conferencia interparlamentar de S. Luis*, em 1904, e a sua tão dedicada e desinteressada assistencia ás conferencias interparlamentares de Berne (1892), Haya (1894), Budapesth (1896), Paris (1900), Vienna (1903), S. Luis (1904) e Bruxellas, (1905), para ahi representar o parlamento do seu país e juntar o seu esforço á obra de civilização das assembleias interparlamentares. (*Compte rendu* da conferencia de Bruxellas, 1897, pag. 33, da de Paris, 1900, pag. 113, da de Vienna, 1903, pag. 123, da de S. Luis, 1904, pag. 26, e da de Bruxellas, 1905, pag. 147).

Ao movimento doutrinal corresponde uma interessante corrente de factos tanto em casos de arbitragem realizada, como de clausulas promissorias e tratados de arbitragem permanente, como mesmo de tendencias de união arbitral.

Quanto a arbitragens realizadas, lembraremos, alem da que certamente se contem na bulla *Inter caetera* de Alexandre VI, acima referida (pag. 348): a estabelecida, em protocollo de 9 de julho de 1851, com os Estados Unidos para decidir a questão levantada entre o governo português e o governo americano em virtude da reclamação apresentada por este ultimo em favor do capitão, officiaes e tripulação do brigue corsario americano *General Armstrong*, destruido por uma esquadra britannica nas aguas do Fayal em 1814, e attribuida a Luis Napoleão, que decidiu a favor de Portugal em sentença de 30 de dezembro de 1852; a convencionada com o governo de Londres em accordo de 13 de novembro de 1840

A arbitragem internacional começou por ser meramente *facultativa*, sendo só em face dum conflicto actual que os es-

para decidir das reclamações dos subditos britannicos que serviram no exercito e armada portuguesa durante a guerra da restauração de Portugal e confiada a uma commissão de dois membros, um britannico e outro português, nomeados pelos governos respectivos, a qual arbitrou em 162:500 libras a importancia das indemnizações a pagar pelo governo português; a estatuida com o mesmo governo de Londres em 9 de julho de 1855 a propósito da reclamação apresentada contra o governo português pelo subdito inglês Croft, reclamação apoiada pelo governo inglês, fundada no facto de as auctoridades administrativas portuguesas terem recusado a Croft um alvará de insinuação (de doação), e cuja decisão foi confiada ao senado da cidade livre de Hamburgo, o qual absolveu o governo português das reclamações contra elle feitas pelo governo inglês e das acções contra elle intentadas por Croft, em sentença de 7 de fevereiro de 1856; a pactuada ainda com o mesmo governo a 8 de março de 1861 para resolver a reclamação apresentada contra o governo português pelos subditos britannicos Yuille, Shortridge & C.^a para indemnização das perdas por elles soffridas em virtude de uma allegada infracção dos tratados de 10 de julho de 1654 e 19 de fevereiro de 1810 que reconheceram as *conservatorias* inglesas, egualmente confiada ao Senado de Hamburgo, que desta vez condemnou o governo português a pagar a indemnização de 20.296 libras; a deferida ao presidente da republica dos Estados Unidos, por protocollo concluido com o governo inglês a 13 de janeiro de 1869, a respeito da pretensão de direitos de soberania da Inglaterra sobre a ilha de Bolama na costa occidental da Africa, e decidida a favor de Portugal, em sentença de 21 de abril de 1870, onde se diz que os direitos do governo português sobre a ilha de Bolama se achavam provados e estabelecidos; a confiada ao presidente da Republica Francesa, em protocollo de 25 de setembro de 1872, ácerca da pretensão de direitos da Inglaterra sobre varios territorios situados ao sul da bahia de Lourenço Marques (Delagôa), a qual foi egualmente decidida a favor de Portugal, em sentença de 24 de julho de 1875; a accordada com a Suecia, em 1830, para decidir a questão de responsabilidade dos damnos causados pelo abaloamento do transporte *India* com a barca sueca *Svanen*, a qual foi attribuida a Cadogan Rothery, que condemnou o governo português a

tados livremente deliberavam recorrer a ella para o resolver, e, porisso, era tambem simplesmente *reparadora*, pois, sem ser

pagar a indemnização de 5:105 libras ; a deferida por compromisso, entre Portugal e a Italia, de 1 de setembro de 1891, a um jurisconsulto a nomear pelo governo hollandês, para resolver a questão da reclamação do suddito italiano Lavarello, que exigia do governo portuguez uma avultada indemnização pelos prejuizos que o seu navio *Adria* soffreu por virtude de actos irregulares attribuidos ás auctoridades de Cabo Verde na execução das leis sanitarias, e confiada por aquelle governo ao jurisconsulto hollandês Hecmskerke, o qual, por sentença de 19 de março de 1893, condemnou o governo portuguez a pagar a indemnização de libras 12:947,68, e respectivos juros, a contar do dia 1 de setembro de 1891, data do compromisso; a confiada, por protocollo de 13 de junho de 1891, concluido entre os governos de Portugal, da Inglaterra e dos Estados Unidos, a um tribunal formado de tres jurisconsultos de nomeação do conselho federal suizo, para resolver a *Questão do caminho de ferro de Lourenço Marques*, questão proveniente do facto de o governo portuguez ter rescindido a concessão daquelle caminho de ferro e delle ter tomado posse e que o tribunal de Berne ou de Delagôa (por ambos estes nomes é conhecido o tribunal arbitral), composto dos juriseconsultos Blaesi, Heusler e Soldan, resolveu, por sentença de 29 de março de 1900, condemnando o governo portuguez a pagar, alem de 28:000 libras já dadas por conta ao governo inglês em 1890, a somma de 15.314:000 fr. e os juros simples desta quantia, á taxa de 5 % ao anno, desde o dia 25 de junho de 1889 até ao dia do pagamento; e a *Arbitragem de Manica*, ou a deferida, por declaração entre Portugal e a Inglaterra, de 7 de janeiro de 1895, ao jurisconsulto Paulo Vigliani, antigo presidente do tribunal de cassação de Florença, ministro de estado e senador do reino de Italia, para o effeito de precisar a significação dos termos do art. 2.º do tratado de 11 de junho de 1891 relativo á delimitação das respectivas espheras de influencia da Inglaterra e Portugal em Africa, artigo respeitante á determinação das zonas de influencia ao sul da Zambesia, determinação fixada pelo arbitro em sentença de 30 de janeiro de 1897; e a *Arbitragem de Barotze*, sobre a qual foi proferida sentença em 1905, attribuida pelos governos portuguez e inglês ao rei de Italia e relativa tambem á delimitação de fronteiras estabelecida pelo tratado de

prevista em qualquer acto internacional, empregava-se para restabelecer as perturbações provenientes das relações dos es-

1891. (Vid. CASTRO, *Collecção de tratados*, vol. VI, pagg. 280, 304 e 468, vol. VII, pag. 322, e vol. VIII, *Supplemento*, pag. 38; BIKER, *Supplemento á collecção de tratados*, vol. XXVI, pag. 511; *Nova collecção de tratados*, vol. III, pagg. 145, 193 e 369, e vol. IV, pag. 235; *Livro branco*, de 1873, pag. 246, de 1887, *Negocios consulares e commerciaes*, secção IV, de 1891, secção II, *Questão Lavarello*, pagg. 39 e segg., de 1897, pagg. 5, 65 e 265, e de 1898 a 1902, *Questão do caminho de ferro de Lourenço Marques*, voll. I a VI; *Sentence finale du Tribunal arbitral de Delagôa*, Berne, 1900; Sr. Dr. JOÃO DE PAIVA, *Rel. cit.*, pagg. 37 e segg.; Sr. CONDE DE PENHA GARCIA, *Boletim da Liga portuguesa da paz*, anno 4.º, pag. 65; LA FONTAINE, *ob. cit.*, pagg. 30, 81, 84, 93, 170, 371, 377, 397 e 485).

Relativamente a clausulas compromissorias, referiremos as constantes: do tratado de amizade, commercio e navegação com a republica de Nova Granada, de 9 de abril de 1857, concluído pelo periodo de seis annos e cujo art. 21.º, n.º 4, determinava que «em todos os casos de *controversia*, que as altas partes contractantes não pudessem conciliar por via diplomatica, recorreriam á decisão dum arbitro para ajustar pacifica e definitivamente suas desavenças»; do art. 12.º do Acto de Berlim de 26 de fevereiro de 1885, pelo qual os estados signatarios se reservaram o recurso *facultativo* á arbitragem para resolver os conflictos relativos aos territorios mencionados no artigo 1.º daquelle Acto e submettidos ao regimen da liberdade commercial; da convenção internacional de Bruxellas de 2 de julho de 1890 organizadora da União de repressão do trafico, artt. 54.º e 55.º, onde se estabelece o recurso á arbitragem para fixar a indemnização devida por illegal detenção de qualquer embarcação; dos tratados de delimitação de espheras de influencia, com a Inglaterra, de 11 de junho de 1891, artt. 9.º, 11.º e 13.º, onde se estabelece a arbitragem para resolver as questões relativas a alguns dos pontos regulados pelo tratado, e com o Estado livre do Congo, de 25 de maio de 1891, art. 4.º, que estabelece a arbitragem nos termos já conhecidos; do tratado com o Estado livre do Congo tambem de 25 de maio de 1891 relativo a delimitação de fronteiras e certas medidas fiscaes, em que (art. 6.º) se estabelece o recurso á arbitragem nos termos estabelecidos no tratado de *hinterland* com o mesmo estado; do *modus*

tados. Á medida, porém, que os povos foram sentindo mais intensamente a necessidade e as vantagens da paz, de facul-

vivendi com a Inglaterra de 31 de maio e 5 de junho de 1893 sobre delimitação de fronteiras, que, art. 9.º, estabelece a resolução arbitral, em determinadas condições, para as questões relativas áquella delimitação; do tratado com a Hollanda, de 10 de junho de 1893, para regular as condições mais favoraveis ao desinvolvimento da civilização e do commercio nas respectivas possessões no archipelago de Solor e Timor, art. 7.º, onde se diz, que «quando venha a surgir alguma difficuldade nas suas relações intercoloniaes no archipelago de Solor e Timor, ou a respeito da interpretação da convenção, as altas partes contractantes se obrigam a submeter-se á decisão duma commissão arbitral», e da declaração commercial com o mesmo país de 5 de julho de 1894, art. 7.º, cujos termos conhecemos; do tratado de commercio e navegação com a Suecia Noruega, de 31 de dezembro de 1895, onde apparece, art. 76.º, a clausula arbitral para resolver as divergencias sobre a interpretação e applicação do tratado; e da convenção postal de 15 de junho de 1897, que estabelece, art. 23.º, o recurso á arbitragem para resolver as difficuldades relativas á sua interpretação ou á responsabilidade duma administração nacional no caso de perdá dum objecto registado. Lia-se uma disposição mais ou menos equivalente no art. 16.º da convenção de 1874, no art. 17.º da de 1878 e no art. 23.º da de 1891. (Vid. *Nov. Coll. de Trat.*, vol. 1, pag. 153; e *Cartas regias* de 3 de setembro de 1885, 27 de junho e 30 de julho de 1891, 6 de novembro de 1893, 20 e 27 de abril de 1896, e 30 de setembro de 1898).

Tratados de arbitragem permanente, concluiu Portugal oito desde 31 de maio de 1904 até 1 de fevereiro de 1906, a saber: com a Hespanha, a 31 de maio, com a Hollanda a 1 de outubro, com a Inglaterra a 16 e com os Estados Unidos a 23 de novembro de 1904; com a Suecia a 6 de maio de 1905; e, com a Italia, Noruega e Suissa, em datas que ainda não conhecemos, mas recentes e anteriores a 1 de fevereiro de 1906, pois que o *Discurso da Corôa* deste dia dá os tres tratados como definitivamente concluidos. E, segundo annunciou o mesmo *Discurso*, estavam naquella data proximas do seu termo as negociações para a conclusão de tratados semelhantes com a Austria, com a Dinamarca e com a

*Conta - de
lei de 18 de
setembro de
1908.*

tativa, tornaram a arbitragem *obrigatoria* em muitos casos, e, de reparadora, converteram-na em *preventiva* para os mesmos casos, pois obrigatoria e preventiva é quasi sempre¹ a arbitragem estabelecida pelas clausulas compromissorias ou pelos tratados de arbitragem permanente para resolver os conflictos levantados entre os estados signatarios.

É sob as duas formas, facultativa ou obrigatoria, que a arbitragem hoje nos apparece, facultativa, para os estados entre

França. No primeiro submettem-se á resolução arbitral as questões de caracter juridico ou relativas á interpretação de tratados ou convenções em vigor, que existam ou venham a existir entre Portugal e Hespanha e que não possam desde logo resolver-se por via diplomatica, uma vez que as referidas questões nada involvam que intenda com os interesses vitaes, a independencia ou a honra dos estados contractantes ou com os interesses de outro estado. O tribunal será ou uma commissão nomeada por accordo previo, ou, quando se não chegue a accordo em prazo que não exceda a um mês depois de feita a proposta para a nomeação, o tribunal permanente da Haya creado pela convenção de 1899. O tratado com a Hollanda defere ao tribunal da Haya a resolução dos conflictos previstos pelos tratados celebrados entre os dois estados. Os restantes são, pelo menos os celebrados com a Inglaterra e com os estados Unidos, do teor do tratado anglo-francês de 14 de outubro de 1904, havendo, porém, de notavel no preambulo do tratado com a Inglaterra a confirmação formal da alliança entre as duas nações (*Boletim cit.*, pag. 68; *Novidades*, n.º 6309, de 24 de novembro de 1904).

A respeito de tendencias de união arbitral, notaremos que Portugal assignou o Acto de Berlim de 1885, faz parte das Uniões postal e para a repressão do trafico e tomou parte na Conferencia da paz bem como assignou a convenção de 29 de julho de 1899, subscrevendo assim todas as disposições que, relativamente aos casos de arbitragem, ao tribunal permanente e ao processo arbitral, a mesma convenção consignou (Carta regia de 25 de agosto de 1900).

¹ Apenas temos noticia de dois casos de arbitragem preventiva facultativa, o do Acto de Berlim de 1885 e o da convenção da Haya de 1899.

os quaes não existe uma clausula ou um tratado de arbitragem, e obrigatoria para aquelles que já estipularam semelhante clausula ou já concluíram semelhante tratado.

Como começou por ser facultativa, também começou por ser apenas para casos determinados, isto é, para aquelles a que respeitavam certos conflictos já existentes e a proposito dos quaes se estabelecia e organizava uma instancia arbitral. Todavia, as mesmas causas que conduziram ao reconhecimento da arbitragem preventiva e obrigatoria, conduziram a estabelecer-lha para uma certa ordem de conflicts ou para todos os conflicts possiveis entre as partes contractantes, segundo os termos da clausula arbitral ou do tratado de arbitragem. Assim: o tratado de *hinterland* entre Portugal e o Estado livre do Congo, de 25 de maio de 1891 (art. 4.º), diz apenas que «as altas partes contractantes se obrigam, na falta dum accordo diplomatico, a recorrer á arbitragem duma ou mais potencias amigas para a resolução de todas as contestações a que o tratado puder dar logar, quer se trate da interpretação d'elle, ou do traçado das fronteiras no terreno»; mas a declaração entre Portugal e os Países Baixos, de 5 de julho de 1894 (art. 7.º), já diz que «todas as questões ou desaccordos sobre a interpretação ou execução da declaração, bem como qualquer outra questão que possa surgir entre os dois países, contanto que não interesse nem á sua independencia nem á sua autonomia, se não puderem ser reguladas amigavelmente, serão submettidas ao julgamento de dois arbitros nomeados cada qual por cada um dos dois governos»; e o tratado de arbitragem entre a Italia e a Dinamarca, de 16 de dezembro de 1905 (art. 1.º), adopta esta fórmula generica: «as altas partes contractantes obrigam-se a submitter ao tribunal permanente de arbitragem, estabelecido na Haya pela convenção de 29 de julho de 1899, todos os conflicts, de qualquer natureza que sejam, que

entre elles possam suscitar-se e que não possam ser resolvidos pelas vias diplomaticas ¹.

Aparece-nos, pois, a arbitragem, ora como facultativa ora como obrigatoria, e, quando estabelecida em tratados, umas vezes limitada a um certo numero de casos de conflictos internacionaes, outras reconhecida para a generalidade dos casos, exceptuando-se expressamente alguns, como os respeitantes á independencia e autonomia dos estados, e ainda outras estabelecida sem excepção nem limitação, o que nos conduz naturalmente a discutir dois problemas importantes relativos a este instituto, o problema do seu character, isto é, se a arbitragem deve ser facultativa ou pode tornar-se obrigatoria, e o problema da sua amplitude, ou seja, se ella é applicavel a quaesquer casos de conflictos internacionaes ou se deverão estabelecer-se limitações.

O primeiro problema foi resolvido pelos factos no sentido da possibilidade de tornar a arbitragem obrigatoria, pois que um grande numero de estados a tem convertido numa obrigação convencional. E theoreticamente nada se oppõe a que os estados desistam, por meio dum tratado, de recorrer a meios violentos para liquidar os seus conflictos e se comprometam a submettê-los á apreciação e julgamento dum tribunal, que os decida em nome do direito. A este respeito, deve dizer se, foi demasiadamente escrupulosa a conferencia da Haya, estabelecendo a arbitragem meramente facultativa para todos os casos e não se promptificando, ao menos, a admittir o projecto da Russia ou o projecto apresentado por ASSER (delegado da Hollanda) e RENAULT (delegado da França) que davam á arbitragem o

¹ *Correspondence bimensuelle*, 1906, n.º 5.

caracter obrigatorio nos casos de conflictos relativos a prejuizos pecuniarios soffridos por um estado ou pelos seus nacionaes em virtude de actos illicitos ou de negligencia dum outro estado ou dos seus nacionaes, e nos casos de divergencias relativas á interpretação e á applicação de tratados e convenções, quando semelhantes casos de conflictos ou divergencias não affectassem a honra ou os interesses vitaes dos estados contractantes. Com a approvação dum desses projectos, teria a conferencia dado um passo apreciavel no caminho da justiça internacional e estabelecido um valioso precedente para o futuro progresso numerico dos casos de arbitragem obligatoria. Não lhe faltavam para isso exemplos em muitos tratados anteriores, sendo, em verdade, bem estranhas as palavras de que usou o representante da Allemanha, Munster, ao impugnar o caracter obrigatorio da arbitragem, dizendo que o principio da arbitragem obligatoria era incompativel com a soberania dum monarcha que baseia o seu poder sobre o direito divino. Convem observar que, dada a fórma actual da organização da sociedade internacional, a arbitragem só pode tornar-se obligatoria por meio de tratados e a obrigação assim contraída só tem a força que, em geral, revestem as obrigações internacionais.

O segundo problema é de solução um pouco mais melindrosa, apparecendo notaveis divergencias nos internacionalistas sobre a extensão que pode ser dada á arbitragem, pois, se alguns a julgam applicavel a todos os casos de conflictos internacionais, o maior numero estabelece restricções mais ou menos extensas.

Ha um ponto em que todos estão de accordo e é sobre a applicabilidade da arbitragem á resolução das questões de caracter *juridico*, isto é, das questões relativas á determinação precisa dos direitos dos estados sobre um objecto determinado,

como são as questões de fronteiras, de servidões internacionais, de territorios contestados, de perdas e danos, de interpretação e execução de tratados, etc. Tem sido para questões desta natureza a maior parte das arbitragens realizadas e a questões desta natureza também limitam a arbitragem as clausulas compromissorias de caracter especial.

As dificuldades começam, porém, quando nos aproximamos das questões que interessam a honra, a existencia, a integridade territorial e a independencia do estado. Para estas questões julgam muitos escriptores impropria a arbitragem e dellas a exceptuam expressamente alguns tratados. Vejamos se é justificada semelhante exclusão.

Muitos publicistas, e com elles muitos tratados, consideram incompativel a arbitragem com as questões relativas á honra e á dignidade das nações, pela consideração de que a arbitragem é um meio de apreciação juridica e a honra das nações escapa a uma apreciação dessa natureza. Esquecem, porém, que a honra também é um direito, que as suas violações podem e devem ser convenientemente apreciadas e que o tribunal arbitral pode funcionar como tribunal de honra para verificar em que foi offendida a dignidade duma nação e para determinar a reparação que lhe é devida, esquecem que ha sempre a tendencia para exaggerar o sentimento da dignidade nacional e para ver uma questão de honra onde ella não existe, e esquecem, porisso, que, admittir como principio que as questões de honra devem ser isentas da arbitragem, é estabelecer a possibilidade pratica duma limitação exaggerada desta salutar instituição, em prejuizo da paz e do bem dos povos. Bem andam, portanto, aquelles internacionalistas que, como MÉRIGNHAC, não admittem esta excepção, e bem procedem os estados que, como a Italia e a Dinamarca, a Dinamarca e a Russia, romperam com a tradição e não excluíram dos tratados de arbitragem as questões de honra.

As questões que interessem á existencia do estado tambem a muitos parecem insusceptiveis duma resolução arbitral, por considerarem perigoso e absurdo entregar a um tribunal a decisão suprema da continuação ou da extincção dum estado. É um receio patriótico generoso, mas infundado. Como nota MÉRIGNIAC, no estado actual da vida internacional, em que a existencia nacional está vigorosamente affirmada, é geralmente respeitada e se encontra completamente despreendida dos velhos conceitos que faziam do estado mais o patrimonio dum soberano do que a *propriedade* dum povo, o perigo da absorpção completa dum estado por outro estado, ou da sua redução á condição dum estado vassallo ou protegido, só pôde dar-se a respeito dos estados já neutralizados ou dos estados que o deveriam ser, por se acharem expostos, em virtude da sua fraqueza, á incorporação por uma potencia vizinha como consequencia dum conflicto fundado sobre pretexto duma razão de estado, de segurança nacional, duma rectificação de fronteiras, ou doutro semelhante, e para esses estados é preferivel, por certo, a arbitragem, onde a questão que constitue o objecto do conflicto seja resolvida em face do direito, a uma aventura guerreira, em que o successo não pertence só á justiça.

As questões que podem affectar a integridade territorial, as quaes têm a natureza das anteriores, podem considerar-se em relação aos estados fracos ou em relação aos estados fortes. No primeiro caso, a solução é naturalmente semelhante á que deixamos indicada ácerca dos conflictos que interessam á existencia nacional. Quanto ao segundo caso, mostra a observação que os desmembramentos territoriaes não constituem a razão directa duma questão internacional, não se dando hoje o facto de um estado se propôr como fim exclusivo o alargamento do seu territorio em prejuizo dos estados vizinhos, mas são o effeito duma questão differente, em geral, o resultado duma guerra e, por vezes, o meio de acabar de resolver os

conflictos armados. Consequentemente, a questão tem de deslocar-se, não se tratando de attribuir á arbitragem questões de anexações territoriaes, mas de a empregar como meio de evitar os conflictos violentos de que ellas possam ser a consequencia.

As questões de independencia e de soberania estão no mesmo plano que as questões relativas á existencia nacional. Só se levantarão, com excepção feita para a Turquia e porventura para a China e Marrocos, que por motivos especiaes se encontram ou caminham para sob a tutela das potencias, relativamente a estados fracos, neutralizados ou semelhantes, e a estes mais convem a arbitragem do que uma lucta armada, em que a sua independencia só seria mais depressa sacrificada.

Pode, porisso, estabelecer-se a arbitragem como principio geral de resolução dos conflictos internacionaes, e assim o têm intendido já alguns estados, obrigando-se, por meio de clausulas arbitraes ou de tratados de arbitragem, a submeter a uma resolução arbitral todos os conflictos que entre si possam levantar-se. São typicos os citados tratados entre a Hollanda e a Dinamarca de 12 de fevereiro de 1904 e entre a Italia e a Dinamarca de 16 de dezembro de 1905, que estabeleceram o recurso á arbitragem para todos os conflictos.

Cumpre, porém, observar que, na sua maior parte, os tratados de arbitragem ultimamente concluidos na Europa e na America isentam da arbitragem obrigatoria as questões respeitantes á honra, independencia e interesses vitaes dos estados contractantes, o que aliás é proprio duma instituição ainda no começo do seu desinvolvimento, mas que pode conduzir a por muitas vezes inutilizar o justo destino desses tratados relacionando se quaesquer conflictos com a honra, independencia e interesses vitaes do estado, ou a circumscrever a proporções minimas o uso da arbitragem pela sua applicação apenas a questões secundarias que a simples diplomacia facilmente po-

derá resolver. Semelhante restricção, que é em grande parte o resultado da desconfiança mutua dos estados, será por certo attenuada com os progressos da instituição, e será eliminada num futuro mais ou menos remoto, quando aos estados repugnar a crueldade destruidora dos conflictos armados. É o que deixam antever alguns tratados, como os concluidos entre a Hespanha e o Mexico a 11 de janeiro, entre a Hespanha e a Guatemala a 28 de fevereiro, e entre a Argentina, Bolivia, Dominica, Guatemala, Mexico, Paraguay, Perú, Salvador e Uruguay a 29 de janeiro de 1902, e entre a Suissa e a Suecia a 17 de dezembro de 1904, que, isentando da arbitragem as questões respeitantes á honra ou independencia nacional, logo accrescentam que a honra ou a independencia do estado não se consideram compromettidas em certos e determinados casos, como se vê, por exemplo, dos termos do artigo 2.º do primeiro desses tratados: «A independencia e a honra nacional não se consideram compromettidas nos seguintes casos: A) quando se trate de damnos e prejuizos pecuniarios soffridos por um dos estados contractantes ou pelos seus nacionaes em virtude de actos illegaes ou de omissões dos outros estados contractantes ou dos seus nacionaes; B) quando se trate da applicação e interpretação de tratados, convenios e convenções sobre protecção da propriedade artistica, litteraria e industrial, assim como sobre privilegios, patentes de invenção, marcas de fabrica, firmas commerciaes, moeda, pesos e medidas, precauções sanitarias ou para evitar o phyloxera; C) quando se trate da interpretação e applicação de tratados, convenios e convenções sobre successões, assistencia e correspondencia judicial; D) quando se trate de tratados, convenios e convenções em vigor ou que no futuro se celebrem para pôr em pratica os principios de direito internacional publico ou privado tanto em materia civil como em materia penal; E) quando se trate de questões que se refiram á interpretação e execu-

ção dos tratados, convenios e convenções de amizade, commercio e navegação». São de teor semelhante as disposições dos outros tratados, declarando estranhas á honra e independencia nacional determinadas questões, como as relativas a privilegios diplomaticos, limites, direitos de navegação, indemnizações pecuniarias e validade, interpretação e execução de tratados.

Semelhantes tratados representam um meio de reduzir aos seus devidos termos a isenção da arbitragem das questões relativas á honra e independencia nacional e constituem porventura uma revelação da tendencia da generalização convencional da arbitragem preventiva.

Comparando agora o que a arbitragem é no momento actual com o que ella foi nos tempos anteriores, podemos determinar algumas das tendencias a que obedece a sua evolução e em certo modo prever o que ella se tornará como instituição normalizadora das relações internacionaes.

A primeira tendencia a que a arbitragem tem obedecido é certamente a sua applicação a um numero de casos cada vez maior, como bem o manifestam os factos dos ultimos vinte annos do seculo passado e dos cinco primeiros do seculo actual.

Depois, não é menos manifesta a tendencia para a arbitragem se converter de reparadora e facultativa em preventiva e obrigatoria, assumindo progressivamente o aspecto duma instituição reconhecida e organizada pelos estados para dirimir os conflictos emergentes das suas relações. O augmento numerico das clausulas arbitraes e a celebração de tratados de arbitragem permanente são revelações decisivas de semelhante transformação.

Ainda é visivel a tendencia para adaptar a arbitragem á resolução dos conflictos internacionaes de qualquer natureza. A arbitragem estabelecida entre os Estados Unidos e a Ingla-

terra, por tratado de 8 de maio de 1871, para resolver a chamada questão do *Alabama* (conflicto entre aquelles dois estados proveniente de, durante a guerra da separação nos Estados Unidos, começada em 1861, serem construidos em Liverpool, por conta dos Estados do Sul, cruzadores corsarios, que deixavam aquelle porto desarmados para receberem no mar o armamento, as munições e a equipagem, que iam praticar o curso contra a marinha dos Estados do Norte e entre os quaes se tornou notavel a canhoneira *Alabama* pela impressão deixada pelos actos que praticou e pelas perdas que occasionou), attribuida a cinco arbitros nomeados pelo presidente dos Estados Unidos, pela rainha de Inglaterra, pelo rei de Italia, pelo imperador do Brasil e pelo presidente da Confederação Suissa, e resolvida contra a Inglaterra, que foi condemnada a pagar e pagou, com effeito, a indemnização de 15:500,000 dollars e respectivos juros pelo montante das reclamações feitas, arbitragem que resolveu um conflicto entre dois estados poderosos e motivado pela violação dos deveres de neutralidade e, portanto, bem mais que uma simples questão de apreciação de direitos, pois jogava com a honra e com interesses vitaes dos dois países ¹, — e bem assim os factos de, em clausulas compromissorias de character geral ou em tratados de arbitragem permanente, se reconhecer como obrigatoria a arbitragem para quaesquer casos de conflictos entre os estados contractantes e de se declararem estranhas á honra e independencia nacional certas e determinadas questões, mostram que, segundo a convicção dos estados modernos, a arbitragem pode ir alem das questões juridicas e resolver justa e pacificamente quaesquer litigios internacionaes.

Finalmente, revelam os factos a tendencia da arbitragem

¹ BONFILS, *ob. cit.*, n.º 958; MÉRIGNHAC, *Arbitrage international*, pag. 64.

para se constituir numa das bases geraes de união entre os povos civilizados. Assim o mostram os tratados de arbitragem geral realizados ou tentados entre as republicas americanas e o acto final da conferencia da Haya.

212. Desde que a arbitragem começou a ser admittida como meio de resolver os conflictos internacionaes, appareceu naturalmente a necessidade de a organizar convenientemente, pela criação de tribunaes arbitraes a que fosse attribuida a decisão dos conflictos, pela determinação da competencia desses tribunaes, e pela fixação das regras de processo a seguir na resolução dos mesmos conflictos. Estas tres questões de organização da arbitragem foram resolvidas até hoje pelo modo que passamos a indicar.

a) *Formação do tribunal.* Dado o character convencional da arbitragem internacional, que os estados livremente estabeleceram ou a que livremente recorreram para a resolução dos seus conflictos, era logico que a formação do tribunal, ou a designação dos juizes arbitros, fosse tambem da livre iniciativa dos estados contractantes. Assim aconteceu e assim acontece em geral, sendo completa a liberdade dos estados na escolha dos arbitros e na determinação do seu numero. E tem ido tão longe o respeito desta liberdade, que, mesmo quando a arbitragem é estabelecida numa clausula compromissoria ou num tratado de arbitragem permanente, se torna necessario um accordo especial para a designação dos arbitros. De modo que o tribunal arbitral pode ser singular ou colectivo e a arbitragem confiada ás entidades que melhor mereçam a confiança dos estados interessados, como chefes de estado, corpos legislativos, conselho de estado, tribunaes superiores, universidades, faculdades de direito ou simples juriconsultos, do que tudo se encontram exemplos na historia das arbitragens.

Do mesmo character convencional da arbitragem e da neces-

sidade dum accordo especial para a designação dos arbitros, resulta ainda que os tribunaes começaram por ser naturalmente *especias* para cada uma das questões internacionaes e, portanto, simplesmente *temporarios*.

Todavia, o numero dos casos de arbitragem ia crescendo, as clausulas compromissorias e os tratados de arbitragem permanente augmentavam progressivamente, e, porisso, os internacionalistas e a diplomacia viram a necessidade, se não de cercear, pelo menos de disciplinar a liberdade dos estados em materia de arbitragem. Obedecendo a esta ideia, approvou a União interparlamentar, na conferencia de Bruxellas de 1895, o *Projecto dum tribunal permanente de arbitragem internacional* e creou a Conferencia da paz o *Tribunal permanente de arbitragem* da Haya.

Este tribunal foi creado, nos termos do artigo 20.^o da convenção de 29 de julho de 1899, para *facilitar* o recurso immediato á arbitragem para as questões que não possam ser resolvidos pelas vias diplomaticas. Não se impõe como *obligatorio* aos estados signatarios, os quaes, *só quando quizerem* (art. 24.^o), a elle recorrerão para a solução arbitral dos seus conflictos, ficando-lhes a faculdade de escolher um tribunal especial.

Para a organização do tribunal, começou a convenção por estabelecer um quadro de arbitros, de entre os quaes devem sair os juizes da instancia arbitral. Para esse effeito, determinou (art. 23.^o) que cada uma das potencias signatarias designasse, nos tres meses posteriores á sua ratificação, o numero maximo de quatro pessoas, de reconhecida competencia nas questões de direito internacional, que gosassem da mais alta consideração moral e que estivessem dispostas a acceitar ás funções de arbitros. As pessoas designadas são inscriptas, como membros do tribunal, numa lista que o officio internacional deve communicar ás potencias signatarias (art. cit., 1.^a alinea).

É do quadro de arbitros assim constituido que as potencias signatarias (art. 24.º), ou mesmo as potencias não signatarias nos casos em que os regulamentos lhes permitam recorrer ao tribunal (art. 26.º), escolhem os juizes dos seus conflictos. O numero desses juizes é livremente determinado pelas partes (artt. 24.º e 32.º) e, quando os estados não chegarem a accordo immediato ácerca da constituição do tribunal, deve proceder-se como se procede em igual hypothese a respeito das commissões de inquerito, isto é, cada parte nomeia dois arbitros e estes escolhem um arbitro de desempate; em caso de empate nesta escolha, o quinto arbitro é determinado por uma potencia designada por accordo entre as partes; se este accordo se não obtem, designa cada parte uma potencia diferente e o arbitro de desempate é escolhido pelas potencias assim designadas.

Creou, pois, a Conferencia um tribunal permanente *facultativo* em coherencia com o character tambem facultativo que deu á arbitragem como meio de resolver os conflictos internacionaes. Era a logica das suas ideias. Foi, todavia, já um grande progresso, pois encaminhou para a uniformização das instituições judicarias internacionaes e mostrou a possibilidade de crear um tribunal mais ou menos obrigatorio para a resolução dos conflictos internacionaes.

213. Semelhante possibilidade já entrou no caminho da sua realização, mostrando os factos que o tribunal da Haya vae attraíndo as sympathias geraes e *começou* a tornar-se *obligatorio* para a resolução das pendencias dos povos. Em primeiro lugar, mostram, com effeito, os factos que aquelle tribunal já mereceu a preferencia dalguns estados para a resolução pacifica dos conflictos entre elles *pendentes*. Foi assim que : a 22 de maio de 1902, os governos de Washington e do Mexico concluíram um compromisso para submeter á resolução do tribunal da Haya

o conflicto entre elles levantado a respeito do *Fundo Pio das Californias*, proferindo o tribunal a sua sentença a 2 de outubro do mesmo anno, a qual foi a primeira sentença do mesmo tribunal e liquidou definitivamente a questão em litigio ¹; em protocollos de 13 de fevereiro de 1903 concluidos singularmente pelos governos allemão, inglês e italiano com o governo da Venezuela, e em accordo entre este ultimo e o governo inglês de 7 de maio do mesmo anno ², se attribuiu ao tribunal permanente a resolução duma parte do conflicto (a prioridade das indemnizações em favor da Allemanha, da Inglaterra e da Italia) levantado entre a Venezuela e os governos allemão, inglês, italiano e outros em virtude das indemnizações exigidas por estes governos em proveito dos seus nacionaes ao governo venezolano, conflicto sobre o qual o tribunal tambem já sentenciou em 22 de fevereiro de 1904, decidindo-se pela prioridade; em protocollo de 28 de agosto de 1902 assignado entre o Japão, dum lado, e a Allemanha, a Erança e a Inglaterra, do outro, decidiram os governos destes países submitter ao mesmo tribunal a resolução do desaccordo entre elles produzido sobre se, depois da abolição das jurisdicções consulares no Japão, prevalecia a isenção de impostos, reconhecida nos tratados, sobre as construcções levantadas nos terrenos cedidos pelo governo japonês aos nacionaes dos três estados europeus a titulo de arrendamento perpetuo e a troco duma renda tambem perpetua, ou se a isenção deveria limitar-se apenas aos terrenos, ficando as construcções sujeitas ás leis fiscaes japonezas, sendo proferida a sentença arbitral, no sentido da per-

¹ *R. D. I. P.*, 1903, *Documents*, pag. 24; *La justice internationale*, vol. i, pag. 18 e segg.

² *La justice internationale*, vol. i, pagg. 101 e 251, e vol. ii, pagg. 1 e segg.

sistencia da isenção fiscal das construcções, no dia 22 de maio de 1905; e por compromisso de 13 de outubro de 1904 submeteram os governos francêz e inglêz ao mesmo tribunal a resolução da difficuldade levantada entre os mesmos governos sobre o alcance do direito da França auctorizar certos subditos do sultão de Mascate a usar a bandeira francêza nas suas embarcações, principalmente em relação á influencia exercida pelo uso dessa bandeira sobre a jurisdicção do sultão sobre os mesmos subditos ¹.

Depois, apparece-nos o tribunal da Haya reconhecido indirecta ou directamente em diversos tratados como o tribunal competente para resolver os conflictos que *possam* surgir entre os estados signatarios. *Indirectamente*, reconhecem-no: os nove tratados de arbitragem entre a Hespanha e as republicas hispano-americanas de janeiro e fevereiro de 1902, os quaes determinam que, se os signatarios não chegarem a accordo sobre a designação dos arbitros, se submeterão ao tribunal internacional permanente de arbitragem, estabelecido em harmonia com as resoluções da conferencia da Haya de 1899; o tratado entre Portugal e a Hespanha de 31 de maio de 1904, que, na falta de accordo quanto á constituição da commissão arbitral dentro do prazo dum mês, manda recorrer ao tribunal permanente; e a convenção consular entre a Austria e a Bulgaria de 8 de março de 1902, segundo a qual as difficuldades de interpretação a ella relativas, quando não possam ser resolvidas por meio de negociações directas, o sejam segundo os principios estabelecidos na Haya em 29 de julho de 1899, sendo dominada tal convenção certamente pelo intuito de reconhecer a competencia do tribunal permanente para a resolução daquellas difficuldades. *Directamente*, reco-

¹ R. D. I. P., 1905, pagg. 492 e segg.

nhecem a competencia do tribunal internacional: os tratados collectivos americanos de 29 (art. 3.º) e 30 de janeiro (art. 2.º), os quaes submettem ao tribunal da Haya todas as questões a que dizem respeito, a não ser que alguma das partes prefira que se organize uma jurisdicção especial; e principalmente os tratados de arbitragem posteriores ao tratado anglo-francês de 14 de outubro de 1903, á excepção do celebrado entre Portugal e Hespanha, concluidos entre os estados europeus e entre estes e os estados americanos ou com o Japão, cujo art. 1.º, (pelo menos naquelles cujo texto conhecemos) attribue sempre ao tribunal da Haya a resolução dos conflictos a que esses tratados se referem.

Consequentemente, o tribunal de arbitragem permanente traduz de tal maneira uma necessidade dos povos civilizados, que, estabelecido como facultativo, não só os estados o vão *escolhendo* para a resolução dos seus conflictos, mas ainda os mesmos estados que o crearam o vão declarando *obligatorio* por meio de tratados especiaes para dirimir todas ou, pelo menos, a generalidade das suas pendencias. Deve, porisso, reconhecer-se como positiva a tendencia para, de modo especial, dar o character obligatorio ao tribunal permanente da Haya, e, de modo geral, crear uma instituição arbitral de character permanente e obligatoria e, em face do que acima deixamos dicto, de competencia cada vez mais latitudinaria.

Ao lado do tribunal da Haya, cumpre indicar o tribunal de arbitragem permanente *centro-americano* creado pelas republicas de Costa Rica, Salvador, Honduras e Nicaragua no tratado de 20 de janeiro de 1902 para a resolução de *todos* os conflictos que entre ellas possam levantar-se. O tribunal é composto de oito arbitros, quatro effectivos e quatro suppletentes, nomeados pelas quatro republicas, e em cada caso concreto de conflicto será constituído pelo arbitro ou arbitros dos estados estranhos ao conflicto.

A existencia de tal instituição explica-se pelas afinidades *naturaes* e *sociaes* das republicas centro-americanas, e não pela sua falta de *sympathia* pelo Tribunal da Haya, o que bem mostra o facto de a republica do Salvador assignar o tratado de 29 de janeiro de 1902 e as quatro republicas assignarem o tratado de 30 do mesmo mês e anno, onde directamente se reconhece esse tribunal internacional.

213 a. b) *Competencia e processo*. Os tribunales arbitraes podem ser constituídos ou para casos já previstos em tratados ou para casos especiaes que as partes occasional e livremente resolvam submitter á arbitragem. Na primeira hypothese, o tribunal é competente para algum dos casos previstos na clausula compromissoria ou no tratado de arbitragem permanente e, na segunda, para a questão especialmente designada no compromisso. A differença está em que, na hypothese de clausula compromissoria ou de tratado de arbitragem, a competencia é creada por essa clausula ou por esse tratado e o compromisso limita-se á designação dos arbitros e á determinação dos seus poderes, ao passo que, na hypothese de arbitragem occasional, o compromisso cria a competencia arbitral, designa os arbitros e determina os seus poderes. Mas, numa ou noutra hypothese, deve o compromisso determinar nitidamente o objecto do litigio e a extensão dos poderes dos arbitros.

O poder conferido aos arbitros é o de resolverem a questão constante do compromisso em harmonia com os principios juridicos indicados no mesmo compromisso e, quando indicação não haja, em harmonia com os preceitos do direito internacional consuetudinario ou convencional. A sua attribuição é, pois, proferir uma sentença obrigatoria para os estados que assignam o compromisso.

Podem, porém, os mesmos estados dar-lhes poderes mais

largos e ampliar a medida das suas attribuições. Assim: quando foi attribuida ao presidente da Republica Francêsa a resolução arbitral da questão levantada entre Portugal e a Inglaterra a respeito da pretensão de direitos deste país no sul da bahia de Delagôa, dizia o compromisso que, se o arbitro não pudesse decidir inteiramente em favor duma das partes, daria a decisão que, no seu intender, offerecesse uma solução equitativa da difficuldade, o que representava um poder especial e fóra dos limites normaes da competencia dum tribunal, poder de que aliás o arbitro não usou, resolvendo a questão inteiramente a favor de Portugal; quando a Inglaterra e os Estados Unidos entregaram á solução arbitral, por tratado de 29 de fevereiro de 1892, o conflicto relativo á pesca das phocas no mar de Behring, auctorizaram os arbitros a determinar os regulamentos que deviam ser tomados em commum, fóra dos limites jurisdiccionaes dos estados respectivos, e a fixar as agnas que aquelles regulamentos deviam alcançar, auctorização de que os arbitros usaram impondo aos governos litigantes a obrigação de tomar medidas asseguradoras da protecção e da conservação de certa especie de phocas ¹; e, quando foi attribuida em 1900 aos representantes das potencias em Constantinopla a resolução arbitral das difficuldades existentes entre a Grecia e a Turquia acerca da determinação da competencia e das prerogativas dos consules dos dois países, difficuldades que por força do tratado de paz de 4 de dezembro de 1897, que pôs termo á guerra greco-turca desse anno, podiam ser resolvidas pela arbitragem daquelles representantes provocada por qualquer dos dois países, no caso de estes não chegarem a accordo quanto á celebração duma convenção consular para tal effeito, sendo as decisões dos arbitros

¹ *R. D. I. P.*, 1794, pag. 32.

obrigatorias para as duas partes, a competencia do tribunal arbitral revestiu o character duma funcção reguladora de relações internacionaes e a sentença, proferida a 2 de abril de 1901, transformou-se numa especie de tratado determinador dos direitos e obrigações da Turquia e da Grecia nas suas relações consulares ¹. Todavia, estas ou outras ampliações dos poderes dos arbitros devem constar expressamente do compromisso.

Sobre a competencia e poderes do tribunal da Haya, dispõe a convenção de 29 de julho de 1899 que o tribunal é competente para todos os casos de arbitragem, a não ser que as partes, de *commun accord*, estabeleçam uma jurisdicção especial (art. 21.^o) e que o compromisso determinará com precisão a extensão dos poderes dos arbitros.

As regras do processo arbitral são livremente determinadas pelas partes no compromisso, ou deixadas á determinação dos arbitros. Para disciplinar a liberdade dos estados e para regular a actividade dos arbitros, votou o Instituto de direito internacional, na sessão da Haya de 1875, um *Projecto de regulamento do processo arbitral internacional* e a Conferencia da paz estabeleceu na convenção de 29 de julho de 1899 (artt. 30.^o a 57.^o) os termos do processo a seguir perante o tribunal permanente, que serão observados sempre que as partes não estabeleçam um processo differente.

O processo arbitral acaba naturalmente pela sentença, que é votada por maioria quando o tribunal é colectivo (conv. cit., art. 52.^o), obriga os estados que assignam o compromisso (*idem*, artt. 31.^o e 56.^o) e decide a questão entre as partes dum modo definitivo (*idem*, art. 53.^o).

¹ *R. D. I. P.*, 1902, pagg. 202 e 406, e 1903, pagg. 59 e segg.; *R. D. I.*, 1902, pagg. 24, 178, 281 e 527.

Mas a sentença arbitral será sempre forçosamente obrigatória? Não o intendem assim os internacionalistas, os quaes exigem que a sentença seja valida em si mesma e seja regularmente proferida e, porisso, geralmente reconhecem que ella não é obrigatória, se os arbitros julgam alem do pedido, se alguma das partes não é ouvida e posta em condições de apresentar os seus meios de defesa e de fazer valer as suas provas, ou se a sentença é o resultado da fraude ou da deslealdade dalgum arbitro.

Alem de se admittirem geralmente casos de nullidade da sentença arbitral, vae-se desinvolvendo o principio da sua revisão, que a Conferencia da paz discutiu largamente e que o seu acto final consagrou (art. 55.^o) nestes termos: «As partes podem reservar-se no compromisso a faculdade de pedir a revisão da sentença arbitral. Neste caso, e salvo convenção em contrario, o pedido deve ser dirigido ao tribunal que tiver proferido a sentença. Esse pedido só pode ser fundamentado pela descoberta dum facto novo de natureza tal, que pudesse ter exercido uma influencia decisiva na sentença e que por occasião do encerramento dos debates fosse desconhecido do tribunal e da parte que pede a revisão. O compromisso determinarà o prazo em que o pedido de revisão deve ser apresentado».

214. A sentença arbitral válida e regularmente proferida tem, como dissemos, força obrigatória para os estados que assignam o compromisso. A terceiros estados já a sentença não obriga, mas, pela convenção da Haya (art. 56.^o), quando se trate da interpretação duma convenção assignada por outras potencias alem das partes em litigio, devem estas communicar ás primeiras o compromisso que tenham concluido, ficando cada uma destas com o direito de intervir no processo,

e ficando as que intervierem obrigadas a acceitar a interpretação contida na sentença.

Qual, porém, a garantia do cumprimento das sentenças dos tribunaes arbitraes? Onde está a sanção da arbitragem internacional?

Segundo a forma de organização actual da sociedade dos estados, não ha um poder internacional encarregado de dar execução ás sentenças dos tribunaes arbitraes. Essa execução é deixada á boa fé dos estados interessados, os quaes, implicita ou explitamente, se obrigam, no compromisso, a acceitar e a cumprir a sentença proferida pelos arbitros. E semelhante promessa tem sido tão fielmente cumprida, que a fidelidade á palavra dada se tem mostrado, segundo a lição dos factos, garantia bastante da efficacia do julgamento arbitral. Com effeito, nos já numerosos casos de conflictos resolvidos pela arbitragem, têm os governos dado inteiro cumprimento ás sentenças arbitraes, por fórma a não se ter tornado necessario recorrer a qualquer meio de os compellir a sujeitar-se aos *verdicta* dos tribunaes internacionaes.

O apoio moral da opinião pela necessidade da fidelidade aos tratados parece, pois, sanção positiva sufficiente da arbitragem internacional. E assim devia ser, pois que, a partir do momento em que a arbitragem deixou de ser uma concepção puramente theorica para ser uma realidade, tornou-se indispensavel que a opinião garantisse efficazmente o cumprimento dos seus julgamentos, sob pena de uma legitima suspeição affectar todas as promessas da mesma opinião. O estado que deixasse de respeitar uma sentença arbitral, faltaria a um contracto synallagmatico e quem falta aos seus contractos arruina a sua palavra e o seu credito, e um estado em que a opinião renunciasse a todo o credito seria um estado perdido para a confiança dos outros estados.

A garantia da opinião vigoriza-se assim pelo principio da

necessidade da confiança mutua dos estados quanto ás suas relações contractuaes para a persistencia e progresso da comunidade de facto e de direito a que os conduziu o desenvolvimento da civilização.

Mas, se a necessidade da confiança das nações para a persistencia do convívio internacional não fosse sustentaculo bas-tante, como tem sido até hoje, da arbitragem internacional, seria por certo legitima a intervenção de terceiros estados para obrigar ao cumprimento das sentenças arbitraes, pois a comunidade internacional tem decidido interesse em que os estados cumpram o direito internacional tanto quando formulado simplesmente pelos costumes e pelos tratados como quando definido regularmente pelos tribunaes internacionaes ¹.

215. O estudo do desenvolvimento historico das relações internacionaes mostra claramente a constituição progressiva da comunidade dos estados civilizados e revela a tendencia manifesta desta comunidade para a sua necessaria organização. A forma geral desta organização tambem já a esboçaram os factos. O apparecimento das assembleias diplomaticas de caracter deliberativo e a sua decidida tendencia para se transformarem em instituições de funcionamento regular e periodico e constituirem a representação normal da sociedade dos estados em ordem a funcionar como uma especie de parlamento internacional que formule os principios reguladores das relações dos povos, — a criação das commissões e officios internacionaes como orgãos executivos das deliberações dos congressos e unificadores dos serviços respeitantes aos interesses communs dos estados — e a constituição do Tribunal de arbitragem permanente da Haia como jurisdicção competente para

¹ DUMAS, *ob. cit.*, pagg. 120 e 445 e segg.

a resolução dos conflictos internacionaes, mostram á evidencia a vocação evolutiva da commuidade dos povos civilizados para a organização de instituições centraes *deliberativas, executivas e judicarias*, que *declarem* o direito internacional, *promôvam* o seu cumprimento, e *decidam juridicamente* os conflictos de estados.

Mas qual a fórma definitiva da organização internacional? Deixarão os factos prever a constituição dum estado unitario universal, segundo a criação poetica de Dante e a idealização philosophica de Leibnitz, e a realização futura das tentativas de Carlos V, Luis XIV e Napoleão I? Apoiarão, pelo menos, a previsão duma federação universal, já delineada por tantos escriptores, como GROCIO, o ministro de Henrique IV SULLY, o abbade de Saint Pierre, ROUSSEAU, BENTHAM, KANT, LORIMER, NOVICOW e BRANDT? Ou não irá o seu ensinamente alem da previsão duma organização internacional puramente convencional?

É certo que o mundo civilizado tende para uma organização melhor da commuidade dos estados e que um futuro de maior justiça se contem nas correntes que dominam as relações dos povos. A aproximação progressiva dos estados, a multiplicação e disciplina das relações internacionaes, a criação de instituições que dirijam e organizem os interesses communs das nações e resolvam pacificamente e com justiça os seus conflictos e, portanto, o apparecimento e significação evolutiva dos congressos e conferencias, a organização das commissões e officios internacionaes, a afirmação progressiva da arbitragem e a tendencia para a sua organização num tribunal permanente, geral e obrigatorio, o respeito crescente dos direitos do individuo na ordem internacional, são prova decisiva de que a commuidade das nações caminha constantemente para o seu aperfeiçoamento institucional e funcional. É incontestavel que um grande trabalho de organização se tem operado nas rela-

ções internacionaes, e não é natural que a evolução pare, mas que continue e que, porisso, a organização seja cada vez mais perfeita. Mas, por outro lado, a historia tem reagido sempre contra as organizações politicas mundiaes, eliminando os imperios persa, macedonico e romano, destruindo as tendencias de supremacia do Papado e do Imperio, luctando contra as ambições de Carlos V, Luis XIV e Napoleão I, firmando e organizando as autonomias nacionaes, imprimindo á vida internacional um cunho sempre convencional, sendo sobre costumes ou tratados que assentam as normas reguladoras das relações dos estados e de tratados tirando a sua origem e o seu valor as instituições hoje existentes na communitade internacional, fazendo, emfim, da contractualidade o signal distinctivo e geral da cooperação intersocial. A tendencia de progressiva organização é real e é positiva, mas nunca de organização auctoritaria, só de organização convencional, parecendo indubitavel que a sociedade internacional caminha ao impulso duma força de progressiva organização moldada pelo principio da contractualidade. O que pode prever-se, portanto, é uma larga organização convencional firmada em tratados e nos tratados encontrando os principios reguladores do seu funcionamento. É a logica das previsões ainda permitté admittir a *systematização* da convencionalidade internacional numa ampla confederação de estados soberanos, semelhante á velha confederação germanica, que *integre* as tendencias de organização da communitade dos estados, *discipline* as suas mutuas relações, *coordene* as suas actividades autonomas, *defenda* os seus direitos, *resolva* os seus conflictos, *synthetize* a sua interdependencia, *equilibre* a sua coexistencia, *regularize* a sua cooperação, *exprima* a fórmula suprema da autonomia na solidariedade, a autonomia que representa a affirmação historica da independencia nacional, e a solidariedade que traduz a penetração reciproca dos estados na marcha ascendente da civilização.

Mas não será a confederação o antecedente evolutivo da federação? Não foram a Allemanha, a Suissa e os Estados Unidos confederações de estados antes de se organizarem em estados federaes? Seria temerario ir de poucos casos singulares e de alcance evidentemente limitado até á concepção positiva da federação da Europa e de todo o mundo civilizado. As proporções do novo estado federal excedem em muito as de qualquer dos casos apontados, para ser possível tão alta conclusão. As *grandes differenças mundiaes ethnographicas* ou mesologicas serão invencivel obstaculo ao necessario accordo politico inherente á federação geral.

O caracter convencional constitue, pois, a normalidade tendencial das relações dos estados, para as organizações auctoritarias serem apenas desvios rythmicos na linha da evolução humana. Os factos auctorizam a prever uma mais perfeita sociedade internacional de *coordenação*, mas não permitem ainda prever a constituição duma sociedade internacional de *subordinação*. A carta fundamental da sociedade dos estados deverá ser, pois, segundo a generalização permittida pela observação historica e actual das relações internacionaes, um *pacto* e não una *constituição* federal. A forma confederativa coordena com effeito as duas tendencias fundamentaes dos estados civilizados — a vocação decidida para a organização das suas relações e o caracter contractual das manifestações normaes da vida internacional.

E a confederação geral dos estados civilizados, que já hoje encontra um principio de realização nas uniões internacionaes e nas instituições internacionaes de caracter deliberativo, administrativo e judiciario que temos estudado, será favorecida, na sua constituição evolutiva, — pelo desinvolvimento da propaganda pacifista tão intensamente representada pelas innumeradas sociedades de paz da Europa e da America e tão superiormente organizada pela União interparlamentar, — pelo receio crescente

da guerra, que cada vez se torna mais temerosa nos seus processos de destruição,—pela tendencia visivel das nações cultas para a manutenção da paz geral de que os tratados de arbitragem recentemente concluidos no velho e no novo mundo são prova eloquente,—pela approximação progressiva entre as instituições politicas e o *Estado popular do trabalho*, segundo a expressão de ANTON MENGER, em que, desvanecidos os prejuizos patrioticos e moderadas, se não eliminadas, as tendencias de militarismo, o estado se proponha como fim fundamental organizar no interesse de toda a população o trabalho dos cidadãos e a justa distribuição das riquezas produzidas, pois que então será mais difficil a resolução politica para empregar nos armamentos excessivos os braços e a riqueza publica e para sumir na voragem da guerra com os melhores trabalhadores os laboriosos productos do trabalho,—pelo desinvolvimento da *sympathia* internacional produzida pelo nivelamento da civilização, que é evidentemente um meio de preparar nos espiritos o sentimento da paz,—finalmente pela força da ideia de justiça que ha de preponderar cada vez mais nas sociedades modernas e é tão contraria ás condições de que depende a sorte das batalhas ¹.

¹ Novicow, *La fédération de l'Europe*; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 287 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 881 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, n.ºs 1711 e segg.; FIORE, *Diritto internazionale codificato, Introduzione*; BRANDT, *R. D. I.*, 1903, pagg. 155 e segg.; DUPLESSIX, *Vers la paix*, Paris, 1903; CATELLANI, *R. D. I. P.*, 1901, pagg. 567 e segg.; ANTON MENGER, *L'État socialiste*, pagg. 49 e segg.; etc.

SECÇÃO III

Tratados

§ I

Princípios geraes ¹

SUMMARY: — 216. Conceito geral de tratado. Suas designações. — 217. Condições de existencia e de validade dos tratados. a) Condições intrinsecas: 1.º) Capacidade dos estados contractantes; 2.º) Objecto dos tratados; 3.º) Consentimento. — 218. b) Condições extrinsecas: forma dos tratados e seu valor. — 219. Efeitos dos tratados. Participação de terceiros estados nesses effectos. — 220. Execução e interpretação dos tratados. — 221. Garantias de execução dos tratados. — 222. Extinção dos tratados. Sua prorrogação, confirmação e restabelecimento.

216. Os tratados são contractos ou accordos entre estados, destinados, como já dissemos, a determinar e regular as suas relações. Representam, porisso, a expressão mais nitida da natureza do laço *constitucional* que liga os estados no exercicio da sua actividade commum, constituindo a forma natural das relações dos organismos politicos que, embora ligados pela so-

¹ Vide supra, pagg. 121 e segg.; DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 510 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 455 e segg.; PRADIER, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 459 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 31 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 527 e segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 348 e segg.; BLUNTSCHLI, *ob. cit.*, §§ 402 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, artt. 614 e segg.; Sr. JOSÉ DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pagg. 115 e segg.; GAMA LOBO, *ob. cit.*, pagg. 160 e segg.; LOMONACO, *ob. cit.*, pagg. 501 e segg.; NYS, *ob. cit.*, vol. cit, pagg. 18 e segg.; etc.

lidariedade 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, contudo, a mesma palavra numa accepção mais limitada, como significando 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 aquellos que revestem um character particular. Essas expressões são: 1.º) *convenção*, que designa o accordo que tem por objecto questões especiaes e de character 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 funcções, 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.

217. 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 necessarias 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 *fôrma* estabelecida pelo direito internacional. Importa, porisso, estudar as condições de existencia e de validade juridica dos tratados, tanto as condições intrin-

secas, ou os elementos sem os quaes um tratado não é possível e que são a concorrencia de estados capazes, a existencia de objecto possível e a prestação do consentimento, como as condições extrinsecas, ou a forma que o tratado deve revestir.

a) CONDIÇÕES INTRINSECAS :

1.º) *Capacidade dos estados contractantes.* A celebração de tratados é uma das manifestações da soberania externa e, por isso, são capazes para essa celebração todos os estados que tiverem a posse plena duma tal soberania e deixarão de o ser mais ou menos aquelles que da mesma soberania estiverem tambem mais ou menos privados. Assim, terão capacidade de celebrar tratados os estados soberanos unitarios, cada um dos estados que vivam em união pessoal, o governo central da união real, cada um dos estados que vivam em confederação sobre as materias e nas circumstancias em que não tenham attribuido aquella capacidade á dieta ou poder central, e o estado federal nas federações, e estarão privados, em geral, da mesma capacidade os estados meio-soberanos.

É, porém, de notar : 1.º) que, na federação, pode a constituição federal reservar, para os estados federados, o direito de celebrar tratados sobre certos assumptas ou em determinadas condições, como se depreende claramente, por exemplo, das constituições federaes dos Estados Unidos e da Suissa, dizendo a 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 dispondo a segunda que só

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

a Federação 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 relativos a assumptos economicos e a relações de vizinhança ou de policia, não podendo, porém, estes tratados conter nada contrario á federação ou aos direitos doutros cantões; 2.º) e que, relativamente aos estados meio-soberanos, pode o acto de vassallagem ou de protectorado auctorizá-los a celebrar tratados sobre determinados assumptos, sendo, por exemplo, os estados vassallos auctorizados, em regra, a concluir tratados sobre questões de ordem economica ou de policia, como tratados de commercio, de navegação e de extradição.

Os estados permanentemente neutralizados podem celebrar tratados que não sejam incompativeis com a situação creada 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.

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 au o accordo das suas vontades quanto á creação 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 realizado.

A iniciativa da celebração de tratados pertence em toda a parte ao chefe de estado como dirigente das relações exteriores, 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 os chefes dos outros estados ou com os seus mandatarios, mas, em geral, os tratados são concluidos por intermedio de mandatarios ou de plenipotenciarios.

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 tratado 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 sua approvação pelo parlamento, ou só em alguns casos, como preceituava a nossa Carta (art. 75.º § 8.º), que apenas exigia a approvação 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 adicional de 1852 (art. 10.º). É, quando assim aconteça, só depois de obtida a necessaria approvação, 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 internationalistas, 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.

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

A forma 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 fórma, 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; vêem 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 numero 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 alfabetica 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 francesa, principalmente nos tratados que interessam a um grande numero de países, como o tratado de Paris de 1856, o tratado de Berlim de 1878, as convenções da Haya de 1896, 1899, 1902, 1905, etc.

219. Os tratados regularmente celebrados são obrigatorios para os estados que os assignam e ratificam e, em geral, deve cada um dos estados cumprir as obrigações ahi contraidas, emquanto dellas não for dispensado pelos demais estados contractantes. Este principio, que constitue uma das condições

fundamentaes da conservação e desinvolvimento da sociedade internacional, foi, como já dissemos, solemnemente proclamado pela conferencia de Londres de 1871, a qual, se revogou, pela convenção de 13 de março ¹, os artt. 11.º, 13.º e 14.º do tratado de Paris de 1856 que neutralizaram o mar Negro e limitaram as forças navaes que a Turquia e a Russia ahi podiam conservar, havia fixado em protocollo de 17 de janeiro o principio acima formulado ².

A força obrigatoria dos tratados deriva da ideia de communitate internacional. Os tratados são a regulamentação juridica das relações por que se revela esta communitate e, porisso, as obrigações por elles creadas 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 acceitar a capacidade juridica dos membros daquella 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 manifestação dum facto evolutivamente natural e necessario.

Os effectos dos tratados limitam-se, em principio, aos estados contractantes, não podendo ser invocados a favor ou contra os outros estados ou seus nacionaes.

O beneficio dum tratado aproveitará, porém, aos nacionaes de terceiras potencias quando uma clausula expressa lhes tornar extensivo esse beneficio, e os estados que não tomam parte na elaboração dum tratado podem tornar-se participantes das suas disposições por meio dum acto de *accessão*, ou acceitação solemne e integral de todas as clausulas do tratado, quando

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 1.ª série, vol. XVIII, pag. 278.

² Vide supra, pag. 128; MARTENS, *N. R. G. T.*, 1.ª série, vol. cit., pag. 303.

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 é até offerecida quando os tratados regulam interesses de caracter geral, como acontece com os tratados de união ¹.

219. 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, cujas palavras foram : «Os plenipotenciarios da Allemanha do Norte, da Austria-Hungria, da Gran-Bretanha, da Italia, da Rússia 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 amigo».

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

¹ Em vez de *accessão*, usa muitas vezes a linguagem diplomatica com o mesmo significado a palavra *adhesão*. Todavia, o rigor é que o termo *accessão* tem o significado que acima lhe attribuímos e o termo *adhesão* indica apenas a declaração feita por um estado estranho a um tratado de que acceita e adopta para si regras semelhantes ás nelle contidas, sem que a sua declaração implique uma participação directa em tal tratado.

conservar secretos, mas deve dizer-se que o regimen constitucional é pouco favoravel ao segredo 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 das leis reconhecidos em cada um dos estados contractantes. Sendo assim, os tratados revogam, modificam ou completam as 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

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 tratado, lavrando-se acta separada ou conjuncta das ratificações e sendo remettida pela via diplomatica certidão authentica dos mesmas actas a cada um dos mesmos governos contractantes.

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 tribunales 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 *boa fé* e de maneira a conciliar o melhor possivel as suas clausulas com os direitos e deveres dos contractantes, 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.

221. 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 fórma 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 assegurar pelos meios ao seu alcance certa situação de outros estados 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 daquella nação.

O compromisso de garantia dum tratado pode constar duma

clausula do tratado garantido ou dum tratado á parte. Das clausulas e dos tratados de garantia falaremos, porém, no parographo immediato, que destinamos á classificação dos tratados.

222. Terminaremos esta rapida exposição dos principios mais geraes que informam o direito internacional convencional pela indicação das causas de extincção dos tratados e por formular as regras relativas á sua prorogação, confirmação e restabelecimento.

As causas de extincção dos tratados, isto é, das obrigações por elles estabelecidas entre os estados, são: 1.º a execução integral e completa do tratado; 2.º a expiração do termo fixado para a sua duração; 3.º a realização duma condição resolutoria expressamente prevista; 4.º o consentimento mutuo; 5.º a renuncia dum estado aos direitos que lhe confere o tratado; 6.º a impossibilidade de execução; 7.º a denuncia; 8.º a 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 estados 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 ou pode ser exercida sem uma clausula que a consagre. 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 ha de deixar de ser obrigatorio para o estado denunciante, e deve ser feita, nos tratados de duração limitada e de renovação tacita, um

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 um 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 no caso de tratados de effeitos continuos, successivos e indefinidos, quando se dêem certas circumstancias. Tem-se entendido, e com justiça, que um estado não pode ficar perpetuamente vinculado ás obrigações assumidas num tratado, apesar das modificações operadas nas suas condições de existencia e da mudança das circumstancias em que o tratado foi celebrado, e, porisso, se admitte que, em certos casos e cumprindo certas condições, pode um estado denunciar tratados não obstante a denuncia não ter sido reservada.

Podemos, com DESPAGNET, reduzir a tres os casos de denuncia não prevista, a qual será legitima :

1.º) Quando a observancia dum tratado se tornar comprometedora para a existencia politica ou economica dum país. Deve notar-se, comtudo, que este caso de legitimidade da denuncia só se verifica quando a conservação dos tratados representar um perigo real e verdadeiro, não bastando a simples allegação de que elles prejudicam o desinvolvimento do estado, pois que isso levaria á denuncia de todos os tratados que criam encargos para qualquer dos contractantes.

2.º) Quando mudem as circumstancias que determinaram o tratado. A mudança de circumstancias tira, por certo, aos tratados a sua razão de ser e, por isso, a doutrina geral e a pratica internacional subintendem nos tratados de efeitos 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.

Todavia, o estado que se encontrar nas circumstancias de usar da denuncia extraordinaria deve começar por pedir ao outro estado que consinta na abrogação do tratado, apresentando os motivos que justificam o seu pedido e offerecendo as justas compensações, se estas forem legitimas. 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. O consentimento do estado interessado pode até ser tacito e resultar do silencio guardado sobre uma declaração que não levante protestos nem reservas.

Se o pedido não é attendido, desobriga-se então por si mesmo o estado solicitante fazendo a denuncia, mas justificando sempre a sua conducta por meio de notas diplomaticas. É bem de ver que o estado denunciante deve proceder sempre com cautelosa prudencia, já que a denuncia pode levar a um conflicto e produzir efeitos damnosos.

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 incompatíveis com ella, isto é, aquelles que supõem a harmonia de conducta 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. Taes 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-hospitales, destinados, nos termos da convenção de 1899, ao fim especial e exclusivo de soccorrer os feridos, doentes e naufragos durante as guerras maritimas ¹.

Ainda subsistem os tratados concluidos 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 territorio, o reconhecimento duma divida, etc.

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

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 anteolha 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 permita 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 maio de 1871 e a convenção addicional 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 semalhante doutrina, e ainda 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 *condição resolutive tacita* derivada da 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 lugar, o desenvolvimento 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 inexecução de certas partes dos mesmos tratados deixa subsistir as restantes.

Os tratados concluidos 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 prorrogação ser prevista nos mesmos tratados para o caso destes não serem denunciados nos prazos determinados, dando-se então a *renovação* ou *prorrogação tacita*.

Quando se levantam ou prevêem 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 extincto 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 prorrogação e na confirmação, que são destinadas a manter ou a esclarecer a continuidade dos tratados.

§ II

Classificação

SUMMARIO : — 223. Tratados destinados a regular direitos ou interesses dos estados contractantes e tratados destinados a formular préceitos de direito internacional. — 224. Tratados de disposição e tratados de associação. — 225. Tratados politicos e tratados sociaes. Exemplificação. — 226. Concordatas. Sua natureza e valor perante o direito internacional.

223. Uma primeira classificação dos tratados auctorizada pelos factos é a sua distincção em tratados destinados a *regular direitos ou interesses dos estados contractantes* e tratados destinados a *formular preceitos de direito internacional*.

Esta classificação é já de nós conhecida, pois della falamos, nos seus caracteres e na sua exemplificação, no paragrapho relativo aos modos de formação do direito internacional ¹.

224. Segundo o caracter immediato e definitivo ou continuo, successivo e indefinido dos effeitos que produzem, dividiremos, com RIVIER ², os tratados em tratados de *disposição* e tratados de *associação*.

Chamam-se tratados de disposição os que contêm estipulações definitivas respeitantes á prestação duma coisa ou á determinação, concessão ou renuncia dum direito, taes como : os tratados relativos ao territorio e que contêm cessões territoriaes, constituição de servidões e fixação de limites ; os tratados

¹ Vide supra, pag. 124.

² *Ob. cit.*, tom. II, pag. 109.

de compromisso, transacção e renuncia; os tratados de constituição ou de reconhecimento de estados, de estabelecimento de protectorado ou de vassallagem; os tratados de neutralidade permanente e os tratados de paz. Semelhante tratados têm geralmente per objecto um acto unico, executam-se pela realização deste acto e o estado de cousas assim creado torna-se definitivo.

Tratados de associação são os que estabelecem entre os estados contractantes uma serie de obrigações, um conjuncto de relações continuas em ordem a coordenar as suas actividades para um determinado fim. São desta categoria: as alianças offensivas ou defensivas que relacionam os estados para um fim politico; os tratados de commercio, que regulam as condições em que deve ser effectuada a troca de mercadorias entre os estados contractantes; as convenções consulares, que regulam as condições de acceitação dos consules e as suas funções e privilegios; em summa, todos os tratados cuja execução se realiza dum modo continuo e por actos successivos.

Ha tratados que têm um aspecto mixto, participando ao mesmo tempo do character de tratados de disposição e do character de tratados de associação. É o que acontece, por exemplo, com os tratados de neutralidade, em que aliás prevalece o character dispositivo, e com os tratados de garantia, onde prevalece o character associativo.

225. Sob o ponto de vista da natureza do seu objecto, com DE MARTENS, classificaremos os tratados, e esta classificação é a mais importante, em *politicos* e *sociaes*.

a) **TRATADOS POLITICOS.** Os tratados politicos têm por objecto os interesses dos estados considerados como membros da communidade internacional e tendem á regulamentação, defesa e garantia das condições fundamentaes da sua existencia poli-

tica. Das suas numerosas e variadas especies, indicaremos as principaes, que são :

1.º) *Tratados de paz*. São destinados a pôr fim a uma guerra e a restabelecer a vida internacional normal entre os antigos belligerantes.

2.º) *Tratados de união politica permanente para o exercicio da soberania*. São os tratados celebrados para a criação de uniões pessoaes ou reaes, confederações ou federações, e para o estabelecimento de protectorados. Em qualquer destes casos, o tratado associa dois ou mais estados para o exercicio da soberania, embora nem sempre seja igual o grau de intensidade da associação e nem sempre os estados associados se encontrem numa condição de egualdade.

3.º) *Tratados de alliança*. Se dois ou mais estados, sem se associarem para exercer em commum a sua soberania, se compromettem, por meio dum tratado, a unir os seus esforços e a seguir uma linha de conducta semelhante para um fim politico commum, esse tratado toma o nome de tratado de alliança. A alliança pode ser *pacifica* ou *bellica*, segundo os estados alliadados se propõem conseguir um fim cuja realização não suppõe necessariamente o recurso á força, como era o fim a que tendia a Santa Alliança, ou se propõem unir as suas forças por occasião duma guerra. E, neste ultimo caso, ainda a alliança pode ser *defensiva* ou *offensiva*, segundo os estados se associam para a protecção dos seus direitos ou para o ataque contra um inimigo, sendo de notar, porém, que a alliança offensiva é raras vezes claramente estabelecida, e que é sob a forma de defesa contra todos ou sómente contra certos inimigos que a alliança é annunciada. De facto, é, comtudo, a alliança quasi sempre defensiva e offensiva ao mesmo tempo. Por vezes, tem ainda a alliança o simples aspecto dum *tratado de subsidios*, no qual os estados contractantes se compromettem a prestação duma certa somma em dinheiro ou o

concurso duma certa força militar para attingir um fim determinado.

4.º) *Tratados de neutralidade*. Com um destino diverso dos tratados de alliança offensiva ou defensiva, podem os estados celebrar tratados de neutralidade tanto permanente como temporaria. Os tratados de neutralidade temporaria podem ser concluidos ou entre um dos belligerantes e uma terceira potencia para assegurar a abstenção desta durante as hostilidades, ou entre varios estados estranhos ás hostilidades, para reciprocamente se comprometterem a não intervir na guerra existente entre outros países, como foi o tratado concluido em 1870, por meio de correspondencia diplomatica, entre a Austria, a Inglaterra, a Italia e a Russia a respeito da guerra franco-prussiana.

5.º) *Tratados relativos á soberania territorial*. São evidentemente tratados politicos todos os que respeitam á determinação, alargamento, modificação ou extincção da soberania territorial, como os tratados de delimitação de fronteiras, de cessão de territorio e de servidões internacionaes.

6.º) *Tratados coloniaes*. No intuito de aplanar rivalidades coloniaes e de precisar o dominio e expansão civilizadora dos estados, creou a diplomacia contemporanea uma nova ordem de tratados a que PAUL PIC chama tratados de *typo colonial*, caracterizados pela troca de territorios, pelo reconhecimento de zonas de influencia ou por concessões commerciaes reciprocas. Pertencem já ao novo typo os tratados de *hinterland* e de espheras de interesse de que acima falamos, mas a sua mais notavel manifestação é o accordo anglo-francês de 8 de abril de 1904, que resolveu, mediante concessões mutuas, os litigios coloniaes que de ha muito dividiam as duas potencias signatarias em numerosos pontos do globo, como o Egypto; Marrocos, Terra Nova, Guiné, Sudan, Madagascar, Siam, Novas Hebridas, etc., reconhecendo, por exemplo, a França a acção da

Inglaterra no Egypto e comprometendo-se a Inglaterra a não estorvar a acção da França em Marrocos, e representa a consagração da *entente cordiale* entre as duas grandes nações, affirmada já no tratado de arbitragem de 14 de outubro de 1903 e de tão beneficos effeitos para a sua tranquillidade e para a manutenção da paz geral ¹. O tratado anglo-francês de 1904 acaba de ser modificado, relativamente a Marrocos, pelo Acto final da conferencia de Algeiras de 8 de abril de 1906, que formulou reformas economicas, financeiras, administrativas e militares a introduzir no imperio cherifiano e resolveu em beneficio da paz europeia o conflicto franco-allemao relativo ao direito da França proceder, como nação limitrophe daquelle imperio, independentemente das demais nações, embora em harmonia com o sultão, á realização daquellas reformas, como lh'o reconhecia a Inglaterra pelo tratado de 1904.

7.º) *Tratados de legislação*. Como dissemos acima, os estados tẽem entrado muitas vezes em accordo para o fim immediato de estabelecer regras de direito para regular as suas relações ou as dos seus cidadãos, celebrando tratados que são directamente fontes de direito internacional e portanto tratados politicos enquanto se destinam a coordenar o exercicio das soberanias.

8.º) *Tratados de compromisso e de arbitragem*. Tendientes a resolver pacificamente conflictos internacionaes, tẽem os tratados de compromisso e de arbitragem character politico, como tratados respeitantes a relações entre os estados como membros da communidade internacional.

9.º) *Tratados de estabelecimento*. Determinam as condições de residencia dos nacionaes de cada um dos estados contractantes no territorio do outro, especificando os direitos que

¹ *R. D. I. P.*, 1904, pagg. 519 e 625, e *Documents*, pag. 27.

lhes são concedidos e os deveres a que ficam sujeitos. As condições de estabelecimento são por muitas vezes estatuidas em tratados destinados a regular determinadas relações, como os tratados de commercio.

10.º) *Tratados de jurisdição*. Têm este caracter todos os tratados reguladores do exercicio da função judiciaria dentro dalgum ou de cada um dos estados contractantes em relação aos nacionaes dos outros contractantes. Dos tratados de jurisdição approximam-se os tratados pelos quaes dois ou mais estados se obrigam reciprocamente a dar execução, dentro de certas condições, aos julgamentos proferidos pelos seus tribunaes, já que, por semelhantes tratados, se compromette cada um dos estados contractantes a reconhecer a força obrigatoria das sentenças proferidas pelas justças dos demais.

11.º) *Tratados relativos a agentes diplomaticos e consulares*. São politicos estes tratados, porque por meio delles consentem os estados que dentro da sua esphera jurisdiccional exerçam funções publicas funcionarios doutros estados.

12.º) *Tratados de garantia*. São tratados de garantia todos aquelles por que os estados se compromettem a assegurar o cumprimento dum outro tratado (tratados de garantia *accessorios*), ou se obrigam a respeitar ou a fazer respeitar um certo estado de cousas respeitante ás relações internacionaes ou á condição interna dum ou de mais países (tratados de garantia *principaes*).

Os tratados de garantia principaes têm-se proposto até hoje assegurar principalmente: 1.º) a neutralidade perpetua de certos estados, e, como consequencia, a sua independencia e integridade territorial; 2.º) a independencia e integridade territorial dum país; 3.º) a conservação duma dynastia ou duma fórmula de governo numa determinada nação, o que representa uma intervenção injustificavel nos negocios interiores do estado; 4.º) o goso de direitos politicos ou civis a certas

populações dum país, o que constitue tambem uma intervenção, mas intervenção legitima quando tenha por fim subtrair essas populações á tyrannia ou ao fanatismo da auctoridade local; 5.º) empréstimos contraídos por um governo, tendo, por exemplo, a França, a Inglaterra e a Russia, por convenção de Paris de 29 de março de 1899, auctorizado o governo grego a contrair sob a garantia das tres potencias o emprestimo necessario para o pagamento da indemnização proveniente da guerra greco-turca de 1897.

Accessoria ou principal, pode a garantia ser *individual* ou *collectiva*: individual, quando é dada por um só estado, ou por varios estados garantes sem que se estabeleça entre estes qualquer vinculo de solidariedade, podendo chamar-se neste segundo caso garantia *conjuncta*; collectiva, quando dois ou mais estados se compromettem reciproca e solidariamente a assegurar o cumprimento dum tratado ou a situação a que respeita a garantia. Na garantia individual, cada um dos estados garantes pode e deve proceder singularmente para tornar effectiva a execução do tratado ou para manter a situação garantida, salvo o direito de se intender previamente com os demais estados garantes, se os houver; na garantia collectiva, devem todos os estados garantes accordar previamente ácerca do cumprimento do seu compromisso, está cada um delles sempre obrigado a proceder, embora os demais se abstenham, não pode nenhum obstar a que os outros procedam, e pode qualquer ser obrigado a proceder por parte dos outros.

b) TRATADOS SOCIAES. Incluimos nesta categoria todos os tratados que têm por objecto os interesses economicos, moraes e intellectuaes das nações, consideradas quer no seu conjuncto, quer nas suas diversas classes, quer nos seus individuos. São tambem numerosas as especies desta classe de tratados, comprehendendo-se nella todos os accordos que se não proponham regular a coexistencia e a cooperação dos estados como orga-

nismos politicos, e tambem nos limitaremos a indicar as variantes principaes:

1.º) *Tratados de commercio*. Determinam estes tratados as condições em que devem effectuar-se as transacções commerciaes entre os nacionaes dos estados contractantes, regulando a importação, a exportação e o transito ou deposito de mercadorias, fixando a tributação ou a liberdade de entrada dessas mercadorias e determinando as garantias e as vantagens que serão concedidas por cada um dos estados contractantes aos subditos dos demais. As clausulas dos tratados de commercio variam muito com as circumstancias, sendo, porém, de notar que contêm frequentemente a clausula chamada *da nação mais favorecida*, a qual tambem se encontra em tratados doutra natureza e consiste em os estados signatarios estipularem que cada um delles gosará das vantagens que forem ou que já tiverem sido concedidas a outros estados por tratados semelhantes e, neste caso especial, por outros tratados de commercio.

2.º) *Tratados de navegação*. São destinados a determinar as condições em que os navios de commercio de cada um dos estados contractantes poderão entrar nas aguas e portos dos outros, fixando os direitos e deveres de que ali gosam ou a que ali ficam sujeitos os navegadores. Muitas vezes são as regras relativas á navegação incluídas em tratados de commercio ou em convenções consulares.

3.º) *Tratados de união aduaneira*. Têm por fim eliminar as fronteiras alfandegarias entre os estados contractantes e submettê-los a regras communs no seu commercio com os outros estados. As uniões aduaneiras formam dos estados contractantes um só estado sob o ponto de vista do seu commercio e são um meio poderoso de preparar a sua união politica, como bem o mostra o *Zollverein* allemão, que foi certamente um grande factor da formação do imperio.

Não permitindo o regimen de protecçionismo em que vive a generalidade dos estados modernos o desinvolvimento das uniões aduaneiras, formaram os estados uma união para a publicação das tarifas aduaneiras, para se tornarem conhecidas tão promptamente quanto possível as suas pautas alfandegarias, a fim de que facilmente se habilitem a saber as condições em que pode ser praticado o commercio internacional.

4.º) *Convenções monetarias.* Propõem-se estabelecer um sistema commum de moedas entre os estados contractantes, para evitar os inconvenientes resultantes da diversidade nas unidades monetarias. Taes são—a convenção de 23 de dezembro de 1865, concluída entre a Belgica, a França, a Italia e a Suissa, que fundou a *união monetaria latina*, a que accedeu a Grecia por declaração de 8 de outubro de 1868, que foi remodelada em 6 de novembro de 1885 e completada pela convenção de 15 de novembro de 1893, pela de 29 de outubro de 1897 e protocollo adicional de 15 de março de 1898 e pela convenção de 15 de novembro de 1902, — e a convenção de 27 de maio de 1873 que creou uma união monetaria entre a Dinamarca, a Suecia e a Noruega.

5.º) *Convenções de pesos e medidas.* Destinam-se a estabelecer a unificação internacional dos pesos e medidas, sendo a mais notavel a de 20 de maio de 1875 que creou a União internacional dos pesos e medidas.

6.º) *Convenções postaes, telegraphicas e ferroviarias.* Tendem a regularizar os serviços dos correios, dos telegraphos e do transporte por caminhos de ferro. São typicas as convenções organizadoras das uniões postal, telegraphica e dos caminhos de ferro.

7.º) *Convenções para a protecção da propriedade industrial, commercial, artistica e litteraria.* Estas convenções, de que são exemplos notaveis as que organizaram a união para a protecção da propriedade industrial e commercial e a união para a

protecção da propriedade artistica e litteraria, destinam-se a garantir em cada um dos estados contractantes os direitos dos inventores, auctores e artistas dos outros estados, garantia que é estabelecida sobre um principio de egualdade de direitos entre os subditos dos estados signatarios ¹.

8.º) *Tratados de extradição*. Regulam a mutua entrega de criminosos que, tendo commettido delictos dentro do territorio dalgum dos estados contractantes, se refugiam no territorio de qualquer dos outros. Os tratados de extradição determinam as pessoas que podem ser extraditadas, que são, em regra, apenas os não nacionaes, os crimes por que pode pedir-se a extradição, que são geralmente os crimes mais graves e não politicos, e as condições em que deve ser pedida e concedida a extradição ².

9.º) *Convenções sanitarias*, ou accordos pelos quaes os estados determinam as medidas a tomar para proteger a saúde publica e combater a invasão das epidemias, como são a convenção de Veneza de 20 de janeiro de 1892, a convenção de Paris de 3 de abril de 1894 e protocollo adicional de 30 de outubro de 1897, e a convenção tambem de Paris de 3 de dezembro de 1903 ³.

10.º) *Convenções para a repressão do trafico de escravos*. Estas convenções tendem á satisfação duma necessidade moral da civilização contemporanea e são um producto das exigencias humanitarias do espirito dos povos cultos. A sua expressão typica encontra-se no acto geral da conferencia de Bruxellas de 2 de julho de 1890, que creou a União para a repressão do trafico.

¹ *Synopse de tratados*, pagg. 111 e 112.

² *Synopse cit.*, pag. 108.

³ *Synopse cit.*, pag. 6.

11.º) *Tratados de trabalho*. Assim como, na ordem politica, a diplomacia creou os tratados de *typo colonial* para prevenir ou resolver os conflictos provindos da expansão civilizadora dos estados modernos, assim creou tambem na ordem economica os tratados de *typo social* ou *tratados de trabalho*, tendentes a resolver os conflictos nascidos da concorrência economica e da immigração operaria, e caracterizados pela adopção de principios communs no campo da protecção operaria e pela egualdade de direitos de todos os trabalhadores, nacionaes ou estrangeiros, dentro do territorio dos estados contractantes. Até ha pouco tempo os diplomatas apenas tinham attendido aos *productos do trabalho*, concluindo convenções commerciaes e aduaneiras de interesse directo para os industriaes e commerciantes e sómente de repercussão indirecta e incerta sobre a sorte dos trabalhadores. Hoje, porém, já vae chamando a sua attenção a *protecção dos direitos e interesses dos trabalhadores*, para o duplo fim de lhes assegurar uma situação privilegiada dentro dos estados contractantes e para prevenir os conflictos a que dê origem ou sirva de pretexto a immigração e a concorrência dos operarios estrangeiros. É o que claramente demonstra o tratado franco-italiano de 15 de abril de 1904 sobre a previdencia social e a regulamentação do trabalho, em cujo preambulo se lê que o seu destino é a realização do desejo de «assegurar á pessoa dos trabalhadores garantias de reciprocidade analogas ás que os tratados de commercio têm previsto para os productos do trabalho e designadamente facilitar aos nacionaes (dos estados contractantes) que trabalhem no estrangeiro o goso das suas economias e conseguir-lhes o beneficio dos seguros sociaes, bem como garantir aos trabalhadores a conservação das medidas de protecção já promulgadas em seu favor e concorrer para os progressos da legislação operaria», e cuja realização veio inaugurar uma nova era na protecção do trabalho e abrir um novo capitulo

na sciencia do direito internacional, que bem podemos chamar *direito internacional do trabalho*.

O tratado franco-italiano regulou duas ordens de assumptos : a) a previdencia social, e ahi consagrou soluções definitivas — quanto á economia voluntaria, equiparando franceses e italianos relativamente ao direito de depositar as suas economias nas caixas economicas nacionaes de Italia, ou França, ao direito de transferencia gratuita duma para a 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 a *aposentações operarias*, estabelecendo o principio de egualdade entre operarios italianos e franceses pela admissão dos primeiros a constituir em França pensões de velhice e de invalidez e dos segundos a constitui-las em Italia quando nos dois países forem devidamente organizadas as Caixas de aposentações operarias, — quanto aos *accidentes de trabalho*, determinando que os operarios italianos victimas em França daquelles accidentes terão direito ás mesmas indemnizações que os operarios franceses e reciprocamente—e quanto a *seguros ou soccorros contra a falta de trabalho*, prevendo tambem a equiparação entre os operarios dos dois países quando semelhantes instituições ahi forem devidamente organizadas; e b) a regulamentação do trabalho, limitando-se, porém, neste ponto, ao compromisso ou promessa de bem cumprir e melhorar a legislação operaria, como se vê do seu artigo 5.º, pelo qual o governo italiano se comprometteu a organizar a inspecção do trabalho de modo semelhante á sua organização em França e por maneira que fique assegurado o cumprimento das leis em vigor sobre o trabalho de menores e mulheres, principalmente quanto á prohibição do trabalho nocturno, á idade de admissão nas officinas, á duração do trabalho diario e á obrigação do descanso hebdomadario, bem como a publicar um relatorio annual desinvolvido sobre a applicação das leis

relativas ao trabalho de mulheres e menores, sendo este segundo compromisso igualmente assumido pelo governo francês, declarando alem disso o governo italiano que tinha a intenção de reduzir gradualmente a duração do trabalho diario das mulheres na industria.

Dado assim o primeiro passo no campo do direito internacional do trabalho, imprimiu-lhe um novo impulso a conferencia diplomatica de Berne de 1905, convocada, a instancias da *Associação internacional para a protecção legal dos trabalhadores*, pelo Conselho federal suizo para o estudo dos dois problemas — da regulamentação do trabalho nocturno das mulheres na industria e da prohibição dos venenos industriaes, e na qual foram assignados pelos delegados dos estados representados, Allemanha, Austria-Hungria, Belgica, Dinamarca, França, Hespanha, Hollanda, Inglaterra, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suecia e Suissa, dois accordos, relativos, o primeiro, á prohibição ás mulheres do trabalho industrial nocturno e, o segundo, á prohibição, a partir de 1 de janeiro de 1911, do fabrico e venda de *lumes* que contenham phosphoro branco ¹.

226. Ao falar da Igreja nas relações internacionaes, dissemos que da concepção medieval da Santa Sé como um soberano estranho derivara o systema de relações entre o Pontifice romano e os governos temporaes segundo o qual o Papa foi reconhecido como um soberano com o direito de legação activa e passiva e com o direito de concluir *tratados* com os estados catholicos, a que se deu o nome de *concordatas*. Cumpre, porisso, agora averiguar se semelhantes accordos têm a natureza de verdadeiros tratados internacionaes e se lhes pode ser reconhecido o valor que a estes se attribue.

¹ *R. D. I. P.*, 1904, pagg. 515 e segg.; *R. D. I.*, 1890, pagg. 5 e segg., 1904, pagg. 296, 359 e 443, e 1905, pagg. 543 e segg.

Exteriormente, têm as concordatas a apparencia de tratados internacionaes, sendo concluidas com as mesmas solemnidades, redigidas nas mesmas formas, e passando pelos mesmos tramites desde as negociações até á troca das ratificações. Era a logica do conceito. O tratado é a fôrma normal de regular as relações entre soberanos.

Mas á conformidade exterior corresponderá a conformidade intrinseca? Haverá na Santa Sé uma *capacidade contractual* semelhante á attribuida aos estados soberanos para celebrar accordos reguladores dos seus direitos e dos seus interesses? Poderá o objecto das concordatas ser considerado como objecto de tratados internacionaes? Acompanhará as concordatas uma garantia igual á que assegura a efficacia dos tratados?

A Santa Sé representa uma sociedade internacional e não um estado, e porisso, embora se considere soberana na ordem espirital, não se pode comparar aos sujeitos contractantes nas convenções internacionaes.

A divergencia accentua-se no que respeita ao objecto duma e doutra ordem de accordos. Os tratados regulam relações internacionaes, isto é, relações entre estados eguaes e independentes, para a coordenação das soberanias no prosequimento dum fim commum, ao passo que as concordatas versam sobre a disciplina ecclesiastica, como a organização do clero, a circumscripção diocesana, o provimento dos beneficios ecclesiasticos, etc., destinam-se a coordenar o livre exercicio dum culto com a manutenção da ordem publica e com os principios fundamentaes duma constituição e dum estado social determinado, o que constitue objecto do direito publico interno e do direito canonico e não entra na esphera do direito internacional. O direito internacional apenas deve garantir a livre communicação da Santa Sé com os estados catholicos para assegurar a sua independencia na regulamentação das suas mutuas relações.

Completa-se a differença na diversidade de garantias dos

tratados e das concordatas. Por um lado, porque as concordatas respeitam á vida interna do estado, o seu não cumprimento não produz na sociedade internacional o abalo e a reacção causados pelo não cumprimento das obrigações estipuladas em tratados, e, por outro, nem o estado pode usar contra a Igreja, para a obrigar á observancia das concordatas, dos meios reconhecidos pelo direito internacional para obrigar ao cumprimento dos tratados, nem a Igreja pode usar senão de armas espirituaes contra os estados violadores das concordatas, isto é, de meios que estão fóra do ambito do direito internacional.

Não podem, portanto, considerar-se as concordatas como tratados internacionaes, embora sejam *convenios formaes* concluidos entre pessoas independentes revestidas de caracter *publico* internacional, e embora a sua revogação, porque revestem a forma de tratados, deva effectuar-se por meio de denuncia, como se faz com as convenções internacionaes ¹.

¹ BONFLS, *ob. cit.*, n.º 896 e segg.; RIVIER, *ob. cit.*, pag. 36; PIÉDLÈVRE, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 578; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 170; BOMPARD, *Le pape et le droit des gens*, pagg. 57 e segg.

LIVRO II

RELAÇÕES JURIDICAS INTERNACIONAES

I

Relações jurídicas internacionaes
de caracter privado

CAPITULO I

Generalidades ¹

§ I

O individuo e a sociedade internacional

SUMMARY : — 227. Aparecimento natural dum direito regulador da situação jurídica do individuo na sociedade internacional.—228. *Processus* da formação desse direito. — 229. A utilidade do novo ramo da sciencia jurídica.

227. Na impossibilidade de desinvolver todo o plano traçado, passaremos já ao estudo das relações internacionaes

¹ *Supra*, pagg. 281 e segg.; PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903, pagg. 1 segg., e *Droit international privé*, Pa-

respeitantes á regularização da situação jurídica do individuo na sociedade dos estados.

A expansão internacional do commercio, a crescente facilidade e rapidez das communicações, o desejo da instrucção, o amor das viagens, a emigração, a tendencia apaixonada dos povos para a 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 de diversos países, originando, na phrase de PILLET, uma inaudita *multiplificação das trocas internacionaes* e uma larguissima *penetração reciproca dos povos*, que são as grandes características da nossa epoca.

Esta *internacionalização* progressiva das relações individuaes

ris, 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. I, pagg. 1 e segg.; ROLIN, *Principes de droit international privé*, Paris, 1897, tom. I, 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. I, 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.; DICEY, *The conflict of laws*, London, 1896, pagg. 1 e segg.; WESTLAKE, *Private international law*, London, 1890, pagg. 1 e segg.; Sr. LUCAS FALEÇÃO, *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. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Das successões no direito internacional privado*, pagg. 1 e segg.; etc.

exigia naturalmente a criação também 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 ali 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, 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.

228. 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 de leis nacionaes distinctas, acima ou ao lado das quaes devia estabelecer-se a *lei internacional* que regulasse as relações constituidas 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 accommodar-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 numâ 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 pessoasas ou das leis locaes segundo as exigencias do interesse individual e do interesse territorial. Para esse effecto tõem 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.

229. A constituição do direito internacional privado tem representado e representará cada vez mais, á medida que for aperfeiçoando as suas instituições, um evidente factor de civilização, exercendo nas relações dos individuos na ordem internacional a dupla função que todo o direito exerce na vida social, isto é, uma função de *directão*, emquanto define a situação jurídica do homem na sociedade dos estados e portanto 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 função 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.

§ II

Objecto do direito internacional privado ¹

SUMMARY : — 230. 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. — 231. Conflictos de leis que entram na esphera d'acção do direito internacional privado: leis civis, commerciaes e de processo civil. — 232. 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.

230. Segundo a generalidade dos auctores, constitue objecto exclusivo do direito internacional privado a resolução dos *conflictos* das leis de ordem privada.

Os conflictos de leis dão-se sempre que uma mesma relação juridica, ligando-se pelos seus diversos aspectos a legislações differentes, faz nascer a questão de saber que lei lhe deve ser applicada. É o que acontece, por exemplo, se um português faz o seu testamento em Hespanha ou casa com uma italiana em França, o que de logo evidentemente exige a de-

¹ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tom. VIII, pagg. 27 e segg. ; LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, Paris, 1888, I 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.* ; FIORE, *obb. et logg. cit.* ; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg. ; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 131 e segg. ; VON BAR, DICEY e WESTLAKE, *obb. et logg. citt.* ; 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.

terminação da lei reguladora ou do acto testamentario ou das condições de fundo e fórma do casamento e das relações pessoais e patrimoniaes dos conjuges. Ha, pois, conflictos de leis quando as circunstancias que acompanham a criação, modificação ou extinção duma relação juridica, como o lugar da celebração do acto juridico respectivo, a nacionalidade ou domicilio das partes interessadas e a situação dos bens, determinam a *concorrença* de leis e permitem duvidar de qual seja o direito applicavel á mesma relação juridica.

Alguns dos escriptores que limitaram a sciencia do direito internacioal 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 da condição dos estrangeiros; 2.º) resolução dos conflictos entre legislações differentes; 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 exercicio do direito ou momento em que o direito se individualiza e fixa numa determinada pessoa, e na sancção, quando o titular do direito realizado reclama as prerogativas a esse direito inherentes. Todos estes momentos são distinctos, e dis-

tinctas são também 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 jurídica, constitue evidentemente materia internacional e não entra na theoria dos conflictos. O conflicto supõe que um determinado individuo *possue* e pode *exercer* um certo direito, pois só pode apparecer o problema da escolha da lei reguladora duma relação jurídica quando alguém é *capaz* de constituir a mesma relação jurídica, já que só então pode apparecer a concorrência de leis e a duvida ácerca da lei competente. Demais, o conflicto deriva da concorrência 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 jurídicas 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 *estado* 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 proprietário ou de credor, e muda depois de nacionalidade por qualquer processo, naturalização ou anexação, 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 character 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. Egualmente 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 questões de reconhecimento extrritorial 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 critico da sua obra: «No segundo capitulo da primeira parte, o auctor expõe, dum modo que nos parece em geral irrepreensivel, o objecto do direito internacional privado»¹.

¹ ALBÉRIO ROLIN, *R. D. I.*, 1903, pag. 593; conf. DESPAGNET, *R. D. I. P.*, 1903, pag. 822.

231. 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 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 sanção deste direito, que a generalidade dos escriptores estuda os re-

spectivos conflictos no direito internacional privado. Assim o faremos tambem, 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.

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*.

232. 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 differentes.

Á hypothese de relações entre estados politicamente separados tem inteira applicação o direito internacional 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 seme-

lhança, segundo os principios do direito internacional privado, a não ser que á auctoridade soberana commum seja attribuida competencia para resolver legislativamente os 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 commidade politica diferente 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 possessões dum estado unitario, 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.

§ III

Natureza do direito internacional privado ¹

SUMMARIO — 233. 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. — 234. Natureza da função dos legisladores nacionaes em materia de direito internacional privado. — 235. Systemas sobre a applicação das leis estrangeiras pelos tribunaes. Interpretação do artigo 2406.º do código civil portuguez. Meios de verificar ou provar a existencia e teor do direito estrangeiro e lei applicavel quando essa existencia e teor não possam verificar-se. Consequencias da não applicação do direito estrangeiro declarado competente pelas leis nacionaes.

233. A necessidade de regulamentar e garantir a sociedade internacional de ordem privada produziu o apparecimento do direito internacional privado e o pensamento juridico dominante attribuiu-lhe a natureza dum verdadeiro *direito*, isto é, dum conjuncto de preceitos necessario á conservação e desinvolvimento 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

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 48 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 21 e segg.; JITTA, *La Méthode du droit international privé*, Haye, 1890, pagg. 32 e segg.; VON BAR, *ob. cit.*, pagg. 98 e segg.; WEISS, *Traité*, I, pagg. 164 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 783 e segg.; DARRAS, *De la connaissance, de l'Application et de la prouve de la loi étrangère*, no *J. D. I. P.*, 1901, pagg. 209 e segg.; etc.

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 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 affirma, 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 constituída por preceitos obrigatorios, por principios imperativos, que lhes dessem todo o valor e toda a efficacia de normas informadoras duma regu-

lamentação jurídica. A evolução doutrinal era lógica. Uma norma de cortesia era pouco para assegurar a satisfação duma necessidade da civilização. Só o imperativo do direito podia preencher plenamente esse 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 considerações de cortesia internacional, mas um *systema de direito interno*, pois que, cada estado regula como intende, sem se preocupar 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 communidade 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 jurídica dos estrangeiros, do mesmo modo que regula e garante a situação jurídica dos nacionaes.

¹ WESTLAKE, *ob. cit.*, pagg. 1 e segg.; DICEY, *The conflicts of laws*, pagg. 2 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 30; PLEET, *ob. cit.*, pag. 56, nota.

Semelhante concepção do direito internacional privado pareceu, porém, a muitos espiritos theoreticamente erronea e practicamente 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.

10 O erro theorico era palpavel. Em primeiro logar não se via o evidente interesse dos estados em que os seus subditos desinvolvam com inteira *segurança 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 jurisdiccional, 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, espuecia-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 juridica que os habilite a exercer efficazmente 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 rela-

ções 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 competência respectiva das leis de diferentes nações, é resolver por certo uma questão de coordenação de soberanias. O problema dos efeitos 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 efeito, 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 competência legislativa; o segundo apenas encerra uma questão de interpretação, que pode ser de direito interno ou de direito estrangeiro, consoante a loi escolhida para regular a respectiva relação jurídica. Um representa uma delimitação de competência 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 visível que só no caso da delimitação de competência entre legisladores é que ha verdadeiramente uma questão de character internacional, verifica-se facilmente que a identificação

entre a nossa sciencia e o direito privado era o producto duma inexacta comprehensão da funcção caracteristica 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 de 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 condigão juridica dos estrangeiros, segundo fosse mais amplo ou mais acanhado o criterio que presidisse ao cumprimento daquella obrigação.

A nova theoria, para ser theoreticamente exacta e socialmente efficaz, devia traduzir claramente a natureza dos interesses regulados pelo direito internacional privado e coarctar o arbitrio dos estados na definição da situação juridica dos estrangeiros. Ora, preceitos juridicos destinados a regular interesses de character 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 cha-

mado 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 temo 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 por todos os factos por que os estados reconhecem as manifestações da soberania dos outros estados 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 *personal*, 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*.

234. Da nova concepção do direito internacional privado derivam consequências praticas importantissimas respeitantes aos legisladores e aos juizes de cada um dos estados da comunidade internacional na sua missão de *formular* ou de *aplicar* os preceitos daquelle direito.

Sendo o direito internacional privado um systema de principios juridicos que disciplinam as relações dos estados como membros da comunidade internacional, as suas prescripções impõem-se imperativamente á vontade dos estados, não em nome duma obrigação desses estados para consigo 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 orgão da comunidade internacional para esse effeito e julgar-se um *definidor local* duma *lei internacional* e não mero *creator independente* duma *lei interna* baseada apenas nas conveniencias nacionaes. Os interesses communs das nações devem ser o criterio informador das suas deliberações.

235. E, se no momento legislativo cada estado se deve considerar representante da sociedade das nações para o effeito da *definição local* da lei internacional e impôr-se como obriga-

torios os principios do direito internacional privado, no momento judicial deve ser *obrigatoria* 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, da 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. Mas, os deveres dos juizes vão ainda mais longe. Quando a lei, os tratados ou o costume não indiquem claramente a necessidade de applicar as leis estrangeiras, não devem os tribunaes decidir-se sem mais eleição pela applicação das leis nacionaes, mas procurar uma solução que, não contrariando as bases do systema do direito internacional *local*, se approxime dos principios do direito internacional *geral*.

Não é, porém, esta a doutrina de todos os internacionalistas nem a geralmente seguida pela legislação ou pela jurisprudencia dos diversos países.

Tres systemas, com effeito, têm sido adoptados pelos internacionalistas ou pela pratica legislativa e judicial dos varios países relativamente á applicação e prova das leis estrangeiras.

Segundo o systema mais antigo, a lei estrangeira é um simples factio que deve ser allegado e provado pelas partes, não podendo o juiz invocar ou applicar *de officio* o direito estrangeiro, e devendo até applicar a *lex fori* quando as partes não alleguem e provem a applicabilidade e a existencia das leis estrangeiras. É o systema adoptado pela pratica judiciaria de varios estados, como a Belgica, Hespanha, Inglaterra, Estados Unidos, etc., e consagrado por algumas legislações, como

o código civil da Argentina, cujo art. 13.^o torna a applicação das leis estrangeiras dependente de allegação e prova da parte interessada, a não ser que essas leis devam ser applicadas na republica por virtude de convenções diplomaticas ou de leis especiaes.

Em harmonia com o segundo systema, na falta de allegação e prova pelas partes, ficaria dependente do arbitrio do tribunal applicar ou deixar de applicar a lei estrangeira; nenhuma obrigação existiria para os juizes, podendo applicar a lei nacional ou a lei estrangeira consoante as suas preferencias.

O terceiro systema ensina que, quando disposições expressas ou implicitas da *lex fori* tornam as leis estrangeiras competentes para regular determinadas relações juridicas, devem os tribunaes invocar e applicar officiosamente o direito estrangeiro e officiosamente certificar-se da sua existencia e do seu conteúdo, por maneira que, caso as partes guardem silencio ou forneçam indicações incompletas sobre a legislação estrangeira, os juizes suppram a sua inacção ou a sua deficiencia.

É este ultimo systema o geralmente seguido pelos internacionalistas e o que mais se conforma com a natureza e com o destino do direito internacional privado. Em verdade, este direito, como lei internacional qua-tal ou como definição local de preceitos de character internacional, é já logicamente de applicação obrigatoria e officiosa para os tribunaes. Não se comprehende que um preceito obrigatorio para o estado, embora por elle incorporado no systema do direito nacional, tenha a sua applicação dependente da iniciativa das partes. Alem disso, determina o direito internacional privado a lei competente para regular as relações juridicas em harmonia com a natureza dessas relações e com o fim social das leis, e os systemas do *arbitrio das partes* ou do *arbitrio dos tribunaes* poderiam con-

duzir a não se applicarem as leis declaradas competentes pelo legislador, isto é, com esses systemas, o direito internacional privado correria o risco, como nota DESPAGNET, de não passar, em muitos casos, dum conjuncto de princípios theoreticos sem alcance real. Não pode nem deve, portanto, considerar-se a lei estrangeira como um facto para o effeito da sua allegação ou da sua prova. Desde que, pelo direito interno, ella seja competente para regular determinadas relações juridicas, as suas disposições são appropriadas pela lei nacional e constituem uma regra de direito com a qual o juiz deve conformar a sua sentença independentemente de allegação ou prova dos interessados, talqualmente acontece com a applicação da *lex fori*.

As leis portuguezas tornam muitas vezes, explicita ou implicitamente, as leis estrangeiras competentes para regular as relações juridicas, como acontece, por exemplo, relativamente ao estado e á capacidade dos estrangeiros, á substancia, effeitos e cumprimento das obrigações, á fórmula externa dos actos, etc.¹, e porisso importa determinar as condições em que os nossos tribunaes devem applicar aquellas leis.

Como acontece com a generalidade das legislações, o direito portuguez, se tem sido muito conciso na determinação de preceitos de direito internacional privado, foi ainda menos explicito no que respeita á applicação e prova das leis estrangeiras. Um só artigo de lei e bem pouco preciso se refere ao caso. É o artigo 2406.º do codido civil, cujos termos dizem: «Nos casos em que *fôr invocado* algum estatuto ou postura municipal deste país, ou *alguma lei estrangeira, cuja existencia seja contestada, será obrigado a provar a dicta existencia aquelle*

¹ Codigo civil, artt. 24.º, 27.º, 1065.º, 1066.º, 1085.º, 1106.º, 1107.º; etc.; cod. comm., artt. 4.º, 12.º, etc.

que tiver allegado tal estatuto, postura ou lei». Como entender este artigo ?

O S: T. J., em accordão de 18 de dezembro de 1891 ⁴, sem o referir, mas baseando por certo nelle a sua decisão, formulou a seguinte doutrina: «Quando nos tribunaes portuguezes houverem de ser julgados os litigios pelo direito estrangeiro, é necessario que este seja provado por qualquer dos modos que a pratica tem sancionado. Não basta invocar o direito estrangeiro, porque, se os magistrados, como juriconsultos, podem conhecê-lo, não podem como julgadores applicá-lo, se a prova delle não estiver nos autos. E assim... tem a questão de ser resolvida pela lei portuguesa...». Esta passagem contem toda uma theoria sobre a applicação do direito estrangeiro. A lei estrangeira deve ser *allegada* e *provada* na sua *existencia* e no seu *conteúdo* pela parte interessada, e, quando se não invoque e prove aquella lei, será applicada a lei portuguesa.

Legitima não é semelhante doutrina; será, porém, legal? Não o pensamos. O codigo civil e o codigo commercial, declarando competentes as leis estrangeiras para regular determinadas relações juridicas, tornam, em principio, a sua applicação obrigatoria para os tribunaes, e só diante duma disposição expressa de lei poderia admittir-se que a applicação do direito estrangeiro ficava dependente de allegação e prova dos interessados. E tal doutrina não foi formulada expressamente pelo legislador, nem se contem no art. 2406 °. Em verdade, em parte alguma se lê o principio geral de que, para a applicação do direito estrangeiro, este deva ser invocado e provado pelas partes, e, portanto, em parte alguma está sancionada a doutrina de que, embora competente, a lei estrangeira não passa

⁴ *Rev. de leg. e de iur.*, vol. 33.º, pag. 79.

dum *facto* que como qualquer outro precise de ser allegado e provado pelos interessados. Apenas se figura a hypothese de uma das partes invocar uma lei estrangeira e a outra contestar a sua existencia, impondo-se ao allegante a obrigação de provar essa existencia, hypothese que nem auctoriza a generalização de que o direito estrangeiro deve ser sempre invocado e provado pelos interessados para poder ser applicado, nem leva a concluir que, mesmo nesse caso especial, o tribunal deva decidir se, na falta de prova, pela applicação da lei portuguesa. Com effeito, porque na disciplina das instituições juridicas o legislador portugês declarou por vezes competente a lei estrangeira para regular as relações respectivas, o unico principio geral a assentar é que no officio do juiz entra a obrigação de applicar o direito estrangeiro sempre que este seja appropriado pelo direito portugês na regulamentação das relações juridicas, isto é, que a competencia da lei estrangeira é uma questão de direito acima da vontade das partes.

Qualquer hypothese particular que represente um desvio de semelhante principio deve ser de interpretação restricta e de modo algum pode ampliar-se á generalidade dos casos em que por disposição expressa ou implicita do direito portugês deva ser applicado o direito estrangeiro. Portanto, da hypothese (do art. 2406.º) de se impôr a quem invoque uma lei estrangeira a obrigação de provar a existencia dessa lei quando contestada, não pode concluir-se, nem a necessidade de sempre ser invocada pelos interessados a lei estrangeira, nem a necessidade de a provar quando allegada e não contestada. Num caso ou noutro, deve o juiz applicar a lei estrangeira se ella fôr realmente a competente para resolver a questão.

Mas, nem mesmo na hypothese prevista pelo artigo 2406.º, julgamos defensavel a doutrina do accordão do S. T. J. Se o allegante prova a existencia contestada da lei que invoca, o juiz fica ainda com a liberdade de applicar ou não applicar

essa lei, segundo entender que ella é ou deixa de ser a lei competente para resolver a questão, pois não se trata dum simples facto que elle tenha necessariamente de aceitar, mas dum preceito de lei cuja applicabilidade deve determinar. Se o allegante não faz a prova devida, não indica o artigo a consequencia, não sendo forçosa, porisso, a comminação de que deve ser applicada immediatamente a lei nacional. E, como semelhante comminação, como sancção do artigo 2406.º, brigaria com as disposições de lei que mandam applicar o direito estrangeiro e inutilizaria o pensamento do legislador que reconheceu a competencia das leis estrangeiras para regular determinadas relações juridicas, somos levados a crer que a obrigação de provar estabelecida no artigo 2406.º não significa mais que o *concurso* das partes para a determinação da lei estrangeira na hypothese ali estabelecida, por virtude da impossibilidade de os juizes conhecerem nas suas minucias as leis dos differentes países, isto é, representa a *cooperação* do interessado no desempenho da missão do tribunal para facilitar a applicação do direito estrangeiro. Tanto mais que, se, quando a prova se faz, o juiz não é obrigado a applicar a lei estrangeira por a julgar incompetente, assim, quando não provada, logicamente a deverá investigar e applicar officiosamente, desde que reconheça a sua competencia. Desejavamos comtudo ver modificado o artigo 2406.º do codigo civil no sentido de tornar claramente *officiosa* a applicação das leis estrangeiras, já que elle tem auctorizado a doutrina da necessidade de ser invocada pelas partes a applicação das leis estrangeiras e não determina a natureza e sancção da obrigação de provar a existencia contestada dessas leis imposta a quem as tiver allegado ¹.

¹ A doutrina seguida no texto está em harmonia com o principio esta-

A verificação officiosa das leis estrangeiras, quando o tribunal tenha duvidas sobre a sua existencia ou sobre o seu conteúdo e não possa por si mesmo conseguir os necessarios esclarecimentos, poderá fazer-se—ou por meio de *carta rogatoria* dirigida, por intermedio do ministerio da justiça e do ministerio dos negocios estrangeiros, ao ministerio da justiça do estado cujo direito se pretende conhecer e pedindo a este ultimo ministerio certificado da existencia ou do teor das leis (é o processo indicado pelo Instituto de direito internacional e já formulado na terceira conferencia da Haya de direito internacional privado)¹—ou por meio de attestado da existencia ou teor do direito estrangeiro, requisitado, por intermedio do ministerio dos negocios estrangeiros, aos agentes diplomaticos ou consulares acreditados ou nomeados para o respectivo país, ou pedido pelo mesmo ministerio aos agentes diplomaticos ou consulares deste país existentes em Portugal.

Quando as partes *queiram* ou *tenham* de provar a existencia do direito estrangeiro, postos naturalmente de parte o juramento, a confissão das partes e as presumpções, como meios de prova inadequados ao fim que se tem em vista, poderão valer-se—ou de *documentos*, como o texto official das leis estrangeiras, quando fôr possivel obtê-lo, e certificados da existencia e teor dessas leis ou *passados* quer por uma repartição competente

belecido no tratado concluído no congresso de Montevideo sobre a applicação das leis dos estados contractantes, cujo artigo 2.º é do teor seguinte: «Su aplicación (das leis dos estados contractantes) será hecha de officio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan allegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada» (*Actas del congreso sud-americano de derecho internacional privado*, Buenos-Aires, 1894, pag. 636).

¹ *Annuaire*, tom. 12.º, pag. 328; *Actes de la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé*, pag. 206.

do país onde ellas forem publicadas quer pelos agentes diplomaticos ou consulares desse país em Portugal, ou *requeridos* aos agentes consulares portugueses residentes no país respectivo, hypothese esta já prevista e regulada no art. 116.º do Reg. consular vigente,—ou de *consultas* dos juristas estrangeiros (cujo concurso é muito util e muito frequentemente utilizado na pratica),—ou do *testemunho* dos escriptores que versem o assumpto, — ou mesmo de *decisões* dos tribunaes estrangeiros, que podem prestar um grande auxilio na resolução das questões que a lei estrangeira não resolve expressamente. Em todo o caso, como se trata duma questão de direito, os tribunaes têm sempre amplo poder para apreciar as provas apresentadas e para exigir aquellas que julguem necessarias.

Quando, nem por si, nem com o concurso das partes, o juiz não *puder* verificar a existencia e o teor do direito estrangeiro applicavel ao caso occorrente, ficará auctorizado a applicar a lei nacional, não tanto pela presumpção de coincidência entre a *lex fori* e o direito por esta declarado competente, como pretende VON BAR e seguem ROLIN e WEISS, mas porque a *lex fori* é naturalmente lei subdiaria nos casos de impossivel determinação da lei estrangeira. O tribunal tem de julgar, o julgamento ha de basear-se numa lei, e semelhante lei só pode ser a do seu país. Fora de tal caso, se não applica a lei estrangeira competente, julga contra direito e a sentença será nulla nos termos e para os effeitos geraes das leis do processo ¹.

¹ Sr. dr. DIAS FERREIRA, *Codigo civil annotado*, vol. v, pag. 135; *Revisita de legislação e de jurisprudencia*, vol. 20.º, pag. 578.

§ IV

Methodo de constituição e codificação
do direito internacional privado ¹

SUMARIO : — 236. O methodo internacional e o methodo legislativo na constituição do direito internacional privado. Seus caracteres, comparação e critica. — 237. Unificação do direito internacional privado. Tendencias doutrinaes. — 238. Trabalho diplomatico para a uniformização do mesmo direito. Tentativas dos governos italiano e hollandês, na Europa, e peruviano, na America. — 239. Primeiros resultados do movimento de codificação do direito internacional privado. O congresso de Montevideo de 1888-1889 e os tratados ahi assignados. — 240. 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, efeitos do casamento, e interdição. O seu valor para a uniformização e codificação daquelle direito.

236. Dado o destino pratico do direito internacional privado, que é, como já dissemos, estabelecer uma certa communnidade 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 efeitos dos

¹ JITTA, *ob. cit.*; PILLET, *Principes*, pagg. 90 e segg., e *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*, Paris, 1904; 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 internacionaes.

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 assegurarem a situação juridica dos individuos na sociedade internacional, pela sua tendencia 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 razão por que JITA falla duma convicção commum dos estados relativamente ao fim social das relações juridicas vem de, no seu entender, ser em attenção á sua natureza e fim social que deve determinar-se a lei reguladora de semelhantes relações.

A verdade é, porém, que nem na sociedade internacional existe um poder central que formule uma lei geral de coordene-

nação das leis privadas dos diferentes 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 regras communs aos diferentes 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 seus codigos 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 orgão da sociedade nacional 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 ap-

parece naturalmente na variabilidade desses principios nos diferentes 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 realização 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.

237. Logo na sua primeira apparição doutrinal com a escola dos postglosadores, que, diante das exigencias do commercio italiano, cujo desinvolvimento era difficultado pela territorialidade dos costumes locais, 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 locais representavam meras excepções, e assim resolver em certo modo, por meio deste direito, conflictos levantados entre os costumes locais, o direito internacional 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 ci-

dades ou províncias (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 admitiram 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 internacionais.

A nacionalização do direito internacional privado não foi, comtudo, o producto duma tendencia contraria ao character de generalidade do mesmo direito, mas o resultado da tendencia dos estados para lhe darem uma fórma *legal e positiva*, incorporando-o, á falta dum legislador unico e dum accordo geral, nas leis nacionais. E tanto assim, que as codificações nacionais contêm alguns principios communs de direito internacional privado, como a regra *locus regit actum* e o principio da *autonomia da vontade* em materia de convenções, 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 diplomataica 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, procu-

rou 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 *commun*s de direito internacional privado, já que o Instituto e em geral as demais associações dão a esses principios a fórma 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.

238. Eoi a Italia que iniciou o movimento diplomatico para definir num accordo entre os estados principios *commun*s de direito internacional privado. Com effeito, em 1867, recebeu o grande jurisconsulto e homem de estado MANCINI, do ministro dos estrangeiros RATTAZI, a missão officiosa de empreender junto de alguns governos negociações confidenciaes com o fim de fixar, na medida que as circumstancias pudessem consentir, algumas normas *commun*s 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 imobiliaria, 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, sobre tudo 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 aprecia-

vel sobre a unificação ou *codificação* do direito internacional privado ¹.

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 ultteriores 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 dos tratados, que servissem de base ás negociações officiaes em conferencias diplomaticas; 4.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 applica-

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.º série, vol. xvi, pagg. 89 e segg.

vel ás diferentes relações jurídicas; 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 juridica 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 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 as instituições politicas ou com a ordem publica local.

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

¹ ASSER, *La convention de la Haye du 14 novembre 1896 relative a la procédure civile*, pag. 6; *Annuaire de l'Institut, Uableau général*, pag. 30.

² RENAULT, *Les conventions de la Haye sur le droit international privé*, pag. 15.

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 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 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, da successão, 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

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, 2.ª série, tom. xvi, pagg. 149 e 266 e segg.

² MARTENS, *N. R. G. T.*, tom. cit., pag. 241.

encarrega-os de prescrutar as disposições dos governos a esse respeito. As negociações são com effeito entabuladas, e, embora deparassem com hesitações e dificuldades, 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 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 estados ¹ manifestaram expressamente a sua acceitação e a conferencia poderia ser formalmente convocada,

¹ Argentina, Austria-Hungria, Belgica, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, França, Grecia, Guatemala, Hespanha, Hollanda, Honduras, Inglaterra, Perú, Portugal, Rumania, Russia, Salvador, Servia, Suécia-Noruega, Suissa e Venezuela.

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 conferencia sanitaria ultinasse os seus trabalhos, a verdade é que mais una vez foi adiado o inicio da codificação daquelle direito ¹.

239. O terreno estava comtudo 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 common 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 processso 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

¹ MARTENS, *N. R. G. T.*, tom. cit., pagg. 89 e segg. e 166 e segg.

contractantes, tratados abertos á accessão das outras potencias, celebrados 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 ¹. O conjunto dos tratados de Montevideo constitue um verdadeiro codigo 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 ².

240. 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 character 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

¹ *Tratados celebrados pela Republica Argentina*, Buenos-Aires, 1901, tom. II, pagg. 120 e segg.

² 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.

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 ¹. Até ao presente não se fizeram sentir sensivelmente os resultados deste congresso no tocante á regulamentação juridica das relações internacionaes 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.

No fim do anno de 1891, o illustre collaborador de MANCINI no Instituto de direito internacional, ASSER, 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 necesssidade 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 fórmula de questionario, compreendendo *princi-*

¹ Congresso juridico ibero-americano, Madrid, 1893.

pios 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, patrio poder, tutela, interdicção, successões e testamentos, — as negociações correm regularmente, a conferencia 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 constituída 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 aos 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 fôrma 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 defi-

nitivamente o texto das regras incluídas 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 pronunciara no protocollo final — *casamento*, *successão* e *processo*, e duas materias novas — *tutela* 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 ul-

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.

timo, 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 projectos 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 representados ¹.

Encerrada a conferencia, pensou naturalmente o governo hollandês nas medidas a adoptar para conduzir os outros governos a acceitarem os projectos ali 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 (communição 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 re-

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.

servar 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 explicativa 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 a 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 nótaveis 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

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.

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 encarregada 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 diferentes 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 sob 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 Efeitos do divorcio e da separação de pessoas, á Tutela dos menores, á Fallencia e á 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 preparação 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 igualmente 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. Assignarem as tres convenções a Allemanha, Austria, Belgica, França, Hespanha, Hollanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Suecia e

¹ *Actes de la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé*, Haye, 1900 ; ASSEB, *ob. cit.*, pag. 75 ; RENAULT, *ob. cit.*, pag. 25.

Suissa, abstendo-se a Dinamarca e a Noruega por virtude de ser lei pessoal nestes países 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 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. À 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 moderno ¹.

Para se desempenhar da segunda parte da sua missão, no desejo sempre firme de fazer progredir a codificação do direito

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, senhor 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 comissão parlamentar de negocios externos da camara dos deputados a 8 de maio do mesmo anno, e a 17 de abril de 1905 renovou a iniciativa da mesma proposta o ex-ministro dos estrangeiros senhor Eduardo Villaça, a qual chegou a ser approvada sem discussão pela camara electiva em sessão de 6 de setembro do mesmo anno, o que leva a crer que o governo português se não demorará muito mais tempo em fazer a ratificação.

internacional privado e de tornar effectivo o voto final da conferencia de 1900, propôs o gabinete da Haya ás potencias em 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 appreciou a conferencia as materias submettidas 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 addicional de 1897, — um projecto de convenção sobre os conflictos de leis em materia de successões e testamentos, — um projecto de convenção sobre os conflictos de leis relativos aos effeitos 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 fallencia ¹, e contem dois votos, o primeiro dos quaes 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.º ² da referida convenção, assim como a convenção relativa á competencia e ao processo em materia de successões e testamentos visada no art. 8.º ³, e bem assim um pedido ao governo da Haya para que mais uma vez promova a realização dos votos emitidos pela terceira conferencia relativamente ao projecto sobre os effeitos do divorcio e da separação de pessoas e para que attenda a proposta

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.

do governo allemão relativa aos effeitos do casamento sobre a legitimidade dos filhos, 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, 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 de 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 ².

Os factos apontados, e principalmente a celebração 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 infructíferas tentativas de MANCINI e do governo hollandês de 1874 e a inefficacia final do congresso de Lima, eram de molde a deixar duvidas acerca da probabilidade de vir a realizar-se a codificação ge-

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 *R. D. I.*, 1905, pagg. 646 e segg.

ral 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 circumstancias 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 1893 estiveram representantes da Allemanha, da Austria, da Belgica, da Dinamaaca, 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 Noruèga, na de 1900 estiveram delegados de todas as potencias representadas na de 1894, e na de 1904 ainda acresceu 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 assignaladamente progressiva e com que a humanidade deve contar no futuro do seu desinvolvimento.

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 fórma 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 sobremodo 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 internacjonal 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 deve 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 resoluções 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 trabalho 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 codigo 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 função 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 aproximará 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 : — 241. O methodo legislativo e o apparecimento da questão da devolução. Significado e termos desta questão. *A theoria da devolução* e a *theoria tradicional*. — 242. A questão da devolução como questão de interpretação de preceitos legislativos sobre direito internacional privado. — 243. A questão da devolução como uma questão de competencia legislativa em materia de direito internacional privado. Systemas de FIORE e WESTLAKE. Critica. — 244. A theoria da devolução na jurisprudencia, nas legislações e na convenção da Haya, sobre casamento, de 12 de junho de 1902. Appreciação. — 245. Meio de evitar a questão da devolução no regimen do methodo internacional.

241. A uniformização progressiva do direito internacional privado pela sua constituição segundo as bases do methodo in-

¹ Entre os auctores favoraveis á theoria da devolução, vide: VON BAR, *ob. cit.*, n.º 94; BROCHER, *Droit int. privé*, I, pag. 167; WEISS, *Manuel*, pag. 367 e *Traité*, tom. cit., pagg. 77 e segg.; FIORE, *Le droit international privé*, III, pagg. 486 e segg.; WESTLAKE, *Annuaire de l'Institut*, 1900, pag. 35; BATE, *Notes on the doctrine of renvoi in private international law*, London, 1904; etc. Entre os adversarios, vide: LABBÉ, *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; BUZZATI, *Il rinvio nel diritto int. privato*, Milano, 1898; PILLET, *Principes*, pagg. 155 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 238 e segg.; LIGEIOUX, *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.

ternacional 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, por exemplo, 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 país 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 país 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 a 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.

242. Na sua evolução doutrinal, atravessou a questão da *devolução* duas phases characteristics, 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.

á 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.

Na primeira phase foi a theoria da *devolução* baseada pelos seus partidarios em fundamentos pouco seguros, tornando-se facil aos seus adversarios fazer vingar a doutrina da referencia pela *lex fori* á 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 portuguez regular a capacidade matrimonial pela lei nacional dos esposos e a estabelecida no direito dinamarquês pela lei do seu domicilio, se um tribunal portuguez, 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 intender 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 conflictos 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 remetem 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 logar, 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 possivel determinar um país de principal ou de exclusiva execução, e as referentes ao regimen juridico dos immoveis só podem ser proferidas pelos tribunaes do país da situação desses bens e portanto não ha logar 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 possivel determinar um país de principal execução, nem porisso se tornaria mais acceptavel 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, a 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 diferentes, 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 juridicas. 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 differente da sua, por intender que essas disposições regulam melhor determinadas relações juridicas. 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 WEISS ¹ 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 admite 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.

243. Com VON BAR, WEISS, FIORE, BARTIN, LAINÉ, WESTLAKE, LIGEOIX 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.

FIGORE, intitulado legitimamente a questão — *conflictos entre as disposições legislativas de direito internacional privado*, começa por affirmar 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 submettidas 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 comprehende 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

peessoas 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 português, 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 português 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 admitti-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 legislação em direito interno e direito internacional. Uma legislação nacional que se não baseia num principio de direito internacional é incompreensivel. O direito internacional privado não é um complemento da legislação nacional, mas 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 o 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 conceitos 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 portuguez, 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 relação 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.

u
A doutrina de FIORE apoia-se numa base falsa que vicia toda a construção do seu systema. O actor 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. Pela sua natureza e pelo seu destino, o direito internacional privado deveria ser estabelecido por um accordo 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 preceitos, obriga cada estado singularmente a substituir o *poder internacional* e a regular por si as relações privadas internacionaes. A funcção é, pois, differente, segundo o estado se considera como orgão da sociedade nacional ou como orgão da sociedade internacional. Differentes são tambem as regras que o estado formula numa ou noutra qualidade. 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, define principios, como a seu ver os definiria a comunidade dos estados, de coordenação da soberania das

differentes nações na esphera dos interesses privados e, designadamente, demarca os limites de applicação das leis das diferentes nações na sua concorrência internacional para garantir efficazmente as relações privadas que a vida internacional produza ou faça reflectir no dominio da sua soberania. 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 obrigatoriamente 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 diferentes dos definidos por um legislador internacional. «Um direito internacional, escreve LIEGEOIX, é por sua natureza unico: se as escolas intendem 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 estran-

geiras 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

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.

Não ha, portanto, que distinguir entre preceitos de direito internacional privado *territoriaes* e princípios 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 legitimidade 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 direito publico das regras de conflictos consagradas por cada estado.

É, pois, sempre para as disposições de direito interno das leis estrangeiras que deve intender-se a remissão da *lex fori* para essas leis quando por ellas mande regular as relações juridicas.

¹ *J. D. I. P.*, 1904, pag. 661.

Os princípios postos habilitam-nos a julgar o systema de WESTLAKE. Em nome desses princípios podemos afirmar 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 princípios 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 differente, se considera membro da communidade 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 jurídica 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 jurídicas 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 differentes paises.

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.

244. 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

¹ *Annuaire de l'Institut*, tom. xviii, pag. 79.

contrários á devolução, nem tem o valor que á primeira vista poderia attribuir-se-lhe, porisso que, em todos os casos em que os tribunaes tẽem accettato 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 commodidade 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, bem 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, bem 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, art. 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 enquanto se não apresentar uma declaração da auctoridade estrangeira competente de que o casamento será por ella reconhecido com todos os effeitos legaes ou enquanto 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 accrescentou que os tribunaes húngaros 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 locais em relação ás acções matrimoniaes entre estrangeiros.

Uma nova consagração da theoria se encontra na lei de introdução do codigo civil allemão, 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 lê: «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 leis ¹.

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 logar 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 logar 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 res-

¹ *J. D. I. P.*, 1901, pag. 639.

tringe-a á capacidade matrimonial e ás acções matrimoniaes. A lei allemã e a lei japonesa circumscrevem-a a certas instituições do estatuto pessoal e só a aceitam quando a lei nacional 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 do *renvoi*. 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 relatório da commissão da conferencia de 1900 sobre o casamento e o segundo numa pequena communicação sobre aquella theoria ¹, 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 relatório 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 logar 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 logar 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.

¹ *Actes de 1900*, pag. 168; *Documents de 1900*, pag. 183.

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. 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, baní-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.

245. O segundo aspecto do problema que analysamos é de facil solução.

O regimen do methodo internacional em toda a sua pureza elimina claramente a difficuldade productora da questão da devolução. Se os estados fixarem principios uniformes para a resolução dos conflictos das leis privadas, se, por exemplo, accordarem 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 applicado em todo o seu rigor logico e se intenda que é indispensavel transigir com os principios de conflictos seguidos por al-

gum 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 dum 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 segundo 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 o que 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 exem-

plo dado não tenha valor, os partidarios da devolução attribuem-lh'o, e isto basta para favorecer a conservação dum erro doutrinral 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 internacoinal 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 qualificações ¹

SUMMARY: — 246. Theoria das qualificações. Sua formula. — 247. Amplitude da divergencia de qualificação entre as leis privadas dos diversos estados. — 248. Os conflictos de qualificação. Suas modalidades e solução. — 249. As divergencias de qualificação e a uniformização do direito internacional privado.

246. 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

¹ BARTIN, *Études de droit international privé*, pagg. 1 e segg.; DESPAGNET, *J. D. I. P.* 1898, pagg. 253 e segg., e *Précis de droit international privé*, pag. 225 e segg.; PILLET, *ob. cit.*, pagg. 101 e segg.; VABRES, *Confliit des lois*, pag. 582, e *J. D. I. P.*, 1905, pag. *Plumet, 1904, pag. 350*

pretendeu demonstrar a impossibilidade da unificação das regras do direito internacional privado ¹.

BERTIN põe a questão deste modo: — Ainda que todos os legisladores cheguem a accordo para regular pela mesma lei 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 differentes 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 contaecto antenupcial. Durante o casamento, o marido naturaliza-se cidadão do se-

¹ *J. D. I. P.*, 1897, pagg. 225, 466 e 720.

gundo estado. Morre, e a viuva reclama, como apanagio, uma parte dos bens moveis ou immovais 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 factio juridico uma lei differente por virtude da qualificação tambem differente desse factio. 2.º) O artigo 992.º do codigo civil da Hollanda prohibe aos nacionaes deste país testar pela fórma 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 fórma 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 feitô 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.

247. Como nota PILLET, pode haver casos de irreductivel dissidencia sobre a natureza de certas relações juridicas que difficile a applicação em todos os países a essas instituições dum regimen internacional uniforme. É o que poderá acontecer, por exemplo, com as doações *mortis causa*, que ficam na

linha divisória entre os contractos e as successões e que uma legislação poderá considerar como actos contractuaes e outra como forma do direito successorio, o que poderá determinar a sua submissão nos dois países a um regimen internacional diferente 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 obstaculo serio á constituição dum systema geral de direito internacional privado, e nem quando existam levam sempre fatalmente a um regimen de diversidade.

Que os casos são pouco numerosos, mostra-o a extensão exaggerada dada por BARTIN á sua theoria para lhe assegurar uma certa consistencia, ampliando-a a hypotheses que ella logicamente já não abrange.

Na construção da theoria devia BARTIN aproveitar exclusivamente os casos de *qualificação diferente* bem reconhecida e pôr de lado as simples diferenças de legislações relativamente á um dado objecto que o direito internacional privado resolve de modo sufficiente. E assim não deveria indicar como exemplo de diferença de qualificação o caso de um objecto ser mobiliario num país e imobiliario noutro, pois é uma regra certa de direito internacional privado que a lei da situação determina se uma cousa é movel ou immovel, e, se, no caso raro de uma coisa, mudando de país, ser considerada ora movel ora immovel, o regimen muda, isso não impedirá que num momento qualquer esse regimen possa ser determinado com exactidão pela lei do logar da situação nesse momento.

Depois, aproveitou divergencias resultantes da circumstancia de uma legislação positiva conferir a uma instituição um effeito incompativel com a sua natureza, em vez de se limitar ás divergencias provindas da diversidade de natureza attribuida a

uma instituição jurídica. É o que se dá com o segundo caso de diferença de qualificação que considera typico, pois que a disposição do art. 992.º do código hollandês não resulta de o legislador considerar a forma olographa do testamento como manifestação do estatuto pessoal, já que as leis hollandêsas consagram expressamente o principio *locus regit actum*, mas simplesmente de se ter dado a uma lei um effeito que a sua natureza não comporta, o que levará os juizes estrangeiros a não reconhecer aquella disposição.

Por fim, ainda leva á conta de diferenças de qualificação as simples divergencias doutrinaes ácerca de instituições cuja natureza apparece involvida em certa obscuridade, exigindo a certeza da theoria que apenas referisse divergencias certas na qualificação legal das constituições jurídicas, o que fez, por exemplo, relativamente á determinação do logar da formação dos contractos por correspondencia ¹, instituição a respeito da qual se dá mais uma divergencia de character doutrinal do que de qualificação legal, tanto mais que divergencias doutrinaes existem mesmo em relação ás instituições do mesmo país, sem que isso possa impedir a realização da unidade geral do direito nacional.

BARTIN tem como que a *prevenção* da divergencia de qualificação que o leva a ver uma diversidade de natureza institucional onde apenas existem diferenças de modalidades secundarias.

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

¹ *Études*, pag. 44.

realização de fins semelhantes, sejam instrumento da mesma função — a salvaguarda dos interesses particulares, e apresentem um grau de correspondência sufficiente para, na grande generalidade dos casos, subordinar a principios communs a sua coordenação internacionãl. A theoria das qualificações constitue, porisso, como nesta parte conclue PILLET, criticando BARTIN, um obstaculo minimo á unificação do direiio 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.

248. 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) 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 escolbido.

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 juridicas, fixa a resolução dos conflictos de leis que julga conveniente em harmonia com a qualificação por ella dada ás relações juridicas, 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 principia 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 aceitar 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, contudo, com DESPAGNET, 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 aceitos 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 cada legislador a faz segundo o seu ponto de vista particular sem a pretensão de a impor aos legisladores estrangeiros, antes acceitando 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, acceitá-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 escolher, como se perante um tribunal portuguez 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 acceitar a qualificação 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 affim da da *lex fori* a que melhor traduz as vistas do le-

gislador do país do tribunal acerca 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 autor. 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 vontade no direito internacional privado.

249. 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 poucc 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 juridicas.

§ VII

Modos de formação do direito internacional privado ¹

SUMÁRIO : — 250. O costume e os tratados como modos de formação do direito internacional privado. — 251. Função pratica da sciencia do direito internacional privado. — 252. Fontes do direito internacional privado português.

250. 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 obrigatórios communs.

Dado, porém, o modo de ser actual do direito internacional privado, que se revela sob a fórmula de definições locais de regras internacionais 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 acceptarem 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 JITA, *ob. cit.*, pagg. 180 e segg., e 225 e segg.; PILLET, *Principes*, pagg. 90 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 26 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pagg. 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. E é bem de ver que, para o conhecimento da definição *meramente local* de regras internacionaes, e portanto para saber como cada estado comprehende 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 commun a um maior ou menor numero de estados. Pode, comtudo, prever-se ainda uma terceira phase, que será apenas um des-involvimento 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 parcialmense 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.

251. Ao lado do costume e dos tratados, appareceu naturalmente a sciencia do direito internacional privado, que exerce, como toda a sciencia do direito, a dupla função de *formular* os preceitos do *direito constituido* 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 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, contudo, aquella sciencia frequente indicador dos principios reguladores da situação jurídica dos estrangeiros e um auxiliar indispensavel a todos aquelles que tenham por officio a applicação de taes principios.

252. 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.

Obebecendo á tendencia geral, definiram 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, 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 consular, artt. 89.º, 98.º, 116.º e 192.º, principios que devem, em geral, ser applicados pelos tribunaes portuguezes no julgamento das questões a que elles se referem.

Contudo, 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 tratado 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, effeitos do

casamento, successão e interdicção, directamente concluidas para resolver questões de direito internacional privado. E por isso 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 portugês 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 estabelecido, 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 comprehensão 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*, 1902-1903, pagg 53 e 54.

CAPITULO II

Condição dos estrangeiros

§ I

Os individuos ¹

SUMMARY : — 253. A condição dos estrangeiros na evolução do direito. Estado actual dessa evolução. Limites minimo e maximo dos poderes do estado em relação aos estrangeiros. — 254. Os estrangeiros e os *direitos publicos*. — 255. Os estrangeiros e os *direitos civis*. Os systemas adoptados pelas legislações na determinação dos direitos civis dos estrangeiros: systema das incapacidades, systema da recipreidade e systema da egualdade. — 256. Os estrangeiros e os direitos politicos. — 257. Estrangeiros privilegiados. Privilegios reconhecidos em tratados. Chefes de estado, agentes diplomaticos e consules. — 258. A condição dos estrangeiros nos estados que não fazem parte da communitate internacional. — 259. Condição dos individuos sem nacionalidade ou dos que tenham duas nacionalidades. — 260. Protecção pelo estado dos direitos dos seus nacionaes em país estrangeiro.

253. Porque a sociedade internacional é um organismo de estados, os individuos são cidadãos ou *nacionaes* dalgum desses

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 CAMROS, *ob. cit.*, pagg. 163 e segg.; CATELLANI, *Il diritto int. privato*, 2.^e 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.

estados, e são *estrangeiras* em relação a todos os outros. A qualidade de cidadão e a situação jurídica dos individuos como nacionaes dum estado, estabelece-a o direito interno de cada país, e a sua situação como estrangeiros, fixa-a o direito internacional.

O primeiro problema a resolver pelo direito internacional é o da *capacidade jurídica*, isto é, o problema da determinação das faculdades jurídicas concedidas aos individuos fóra do seu país natal, pois, diremos com PILLET, «antes que o estrangeiro entre nos laços duma relação jurídica qualquer, antes mesmo de investigar qual a legislação que ha de reger os actos que se propõe praticar, precisa de saber se os direitos que quer adquirir, se as obrigações que pretende contrair lhe são accessiveis como estrangeiro ou se correrá o risco de proceder em vão por visar um fim posto fóra do seu alcance»⁴.

Não foi sempre igual a condição dos estrangeiros na evolução jurídica, tendo ido da privação geral de todos os direitos até á posse das faculdades jurídicas indispensaveis para terem assegurado em todos os estados civilizados o exercicio da propria actividade e garantida a defesa da pessoa e da propriedade.

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 jurídica dos subditos dos outros estados.

Em primeiro lugar, compreende-se que, tendo as necessidades da civilização determinado as relações privadas internacionaes ou, como costuma dizer-se, o *commercio internacional* entre os individuos, ou, ainda, a *sociedade internacional de or-*

139 e segg.; AUDINET, *ob. cit.*, pagg. 11 e segg.; JEAN THOMAS, *La condition des étrangers et le droit international*, na *R. D. I. P.*, pagg. 620 e segg.; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 65 e segg.; etc.

dem privada, e sendo para proteger e garantir essas relações que appareceram as relações internacionaes ou commercio internacional dos estados, ou melhor, a *sociedade internacionaal de ordem politica*, 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 egualmente 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.

254. 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 in-

dividuos a praticar os actos jurídicos 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 igualmente a designação de direitos *internacionaes*, formam o substractum de toda a vida jurídica e são condição indeclinavel 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 jurídica 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.

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 comunicação 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 circulação e de residencia, ou a faculdade de entrar em país estrangeiro e de ahí se estabelecer, 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, — o direito de liberdade pessoal e liberdade de consciencia e cultos, se bem que as leis territoriaes regulem o seu exercicio, — o direito 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 por isso devem entrar no minimo dos direitos concedidos aos estrangeiros.

255. 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 publicos 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 juridicas 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 *igualdade* 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 residencia 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 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 reconhegam 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 outro estados os mesmos direitos que

¹ Segundo as leis deste pais, os estrangeiros só podem adquirir immoveis em valor inferior a 20:000 dollars e em extensão inferior a 50:000 acres.

estes concedem aos seus. Ainda pode offerecer duas variantes — a reciprocidade *diplomática* 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 diplomática foi estabelecida pelo código francês para os estrangeiros não auctorizados a fixar o seu domicilio em França, lendo se no art. 11.^o desse código 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 concede aos nacionaes dalgum desses paises.

O systema da egualdade entre nacionaes e estrangeiros, quanto ao gozo dos direitos civis, que é o mais liberal, é tambem 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 d'esses 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 três systemas, é evidentemente o terceiro o que traduz melhor as tendencias da sociedade internacional. O pri-

meiro representa um resto da situação precária dos estrangeiros nas edades históricas 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 diplomática, tornar dependente a posse ou privação de direitos aos estrangeiros da persistencia ou denuncia dum tratado e de, na sua forma de reciprocidade diplomática ou legislativa, conduzir o estado a medir a condição dos estrangeiros, não pelos seus proprios criterios, mas pela vontade dos outros estados, tornar diferente a condição dos estrangeiros de diversa nacionalidade, o que se traduz na incerteza da sua situação jurídica, e basear as relações internacionaes num regimen de desconfiança contrario á fixidez de princípios em que deve assentar a communidade jurídica dos estados. O terceiro firma a condição dos estrangeiros em princípios de egualdade e de precisão, a egualdade que é um factor de sympathia social e um estímulo exemplar para os estados que ainda a não praticam, e a precisão que é um penhor da segurança jurídica 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 as 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.

256. 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 pertencam. «Um estrangeiro investido duma função politica, diz PILLET, será levado pelas circumstancias á situação de ter de escolher entre os interesses do seu país de origem e os do seu país de adopção. Fiel a uns, traírá 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.

Mas, além da limitação respeitante aos direitos políticos, 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 jurídica do estrangeiro. Este deve ser considerado como *pessoa estrangeira*, respeitando 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 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 jurídicas.

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 submettê-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.

257. Podem certos estrangeiros ter uma situação juridica *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, confram 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 contractantes, 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 ali 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 também 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.

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, que o direito internacional cerca das prerogativas geraes da *inviolabilidade* e da *exterritorialidade*, nos termos que já noutro logar procuramos determinar ⁴.

258. A condição dos estrangeiros nos estados de civilização não europeia que não participam integralmente da communiidade 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 communiidade 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 communiidade, o principio geral é a *separação* entre indigenas e estrangeiros no sentido de estes conservarem uma situação juridica semelhante á que teriam no seu país, de conservarem os mesmos direitos que ahi poderiam exercer, de estarem sujeitos ás leis

⁴ Supra, pagg. 514, 552 e 627; PILLET, *ob. cit.*, pag. 219; ROLIN, *ob. cit.*, pag. 182.

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 PAGÉ, 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 já conhecido *regimen das capitulações*, que serve o duplo destino de assegurar aos immigrados dos estados christãos o goso 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, segundo dissemos, os tribunaes consu-

¹ Citado por WEISS, *ob. cit.*, pag. 554.

lares que em geral administram justiça aos estrangeiros, embora em alguns casos com restricções em favor das justiças locais e em alguns países em concorrência com jurisdições mixtas ¹.

259. A organização da humanidade em estados e a natural ligação que deve haver entre o individuo e um estado ao qual dedique a sua cooperação na realização dos interesses geraes e que lhe sirva de apoio e refugio no exercicio da sua actividade, conduziram á determinação de principios reguladores da attribuição da *nacionalidade* como laço juridico entre o individuo e um estado, principios que STOEERK reduz fundamentalmente a quatro: 1.º a *cidade* — toda a pessoa deve ter uma nacionalidade, 2.º a *especialidade* ou *exclusividade* — ninguém 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 e a *continuidade*, a conservação da nacionalidade adquirida até á aquisição duma outra nacionalidade. A cidade attribue ao individuo as faculdades que só podem pertencer aos membros duma comunidade politica, a mutabilidade assegura-lhe a liberdade de escolha da nacionalidade e emancipa-o da servidão politica dentro do estado, a continuidade evita o apparecimento dos *heimathlosen*, individuos sem patria na situação anomala de não terem um estado que especialmente os proteja nem lei certas que dêem estabilidade á sua personalidade juridica, e a especialidade obsta á pluralidade de nacionalidades, situação igualmente anomala que cria serias difficuldades tanto na determinação dos direitos do indi-

¹ Supra, pagg. 605 e segg.; RAUSAS, *Le régime des capitulations*, tom. I, pagg. 2 e 133 e segg.

viduo como na escolha da lei reguladora das suas relações jurídicas.

Apesar, porém, da acceitação geral de taes principios, porque a aquisição e a perda da qualidade de cidadão é regulada separadamente por cada estado, não se tendo ainda accordado na determinação de principios uniformes sobre este importantissimo assumpto, pode hoje dar-se a dupla anomalia de o individuo ou não ter patria, se por exemplo perde a nacionalidade do país a que pertence sem adquirir uma outra nacionalidade, como succederia com a applicação do n.º 3.º do art. 22.º do codigo civil portuguez quando se não seguisse a aquisição duma nova nacionalidade ¹, ou de ter mais que uma patria, como acontecerá aos individuos nascidos de paes estrangeiros num estado que siga o principio do *jus soli*, attribuindo a qualidade de cidadão aos nascidos no seu territorio, emquanto o estado de que seus paes sejam nacionaes adopta o principio do *jus sanguinis*, declarando subditos seus os nascidos de nacionaes residentes em país estrangeiro. A classe dos *heimathlosen de direito* ainda será accrescentada pelos *heimathlosen* que o sejam *de facto* por não poder determinar-se a sua nacionalidade, o que é reconhecido pelo n.º 4.º do art. 18.º do codigo civil. Qual deverá ser, pois, a condição 1.º) dum individuo sem nacionalidade e a 2.º) daquelles que tenham mais do que uma nacionalidade?

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 jurídicas. Comtudo, a sua

¹ Cod. civil, art. 22.º Perde a qualidade de cidadão portuguez: 3.º O expulso do reino por sentença, emquanto durarem os efeitos desta. Conf. Cod. penal, artt. 147.º e 155.º

qualidade de homens é sufficiente para lhes dar um logar na communidade juridica internacional e porisso 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. E, no exercicio dos direitos privados, a lei reguladora da sua actividade, quando essa lei devera ser a lei pessoal e não a lei territorial, será a lei do domicilio, ou directa ou subsidiariamente segundo o systema de direito internacional privado seguido em cada estado, na falta de domicilio, desempenhará a mesma função a lei do logar onde forem praticados os actos juridicos e, na falta dessa lei, 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 fora da lei e de que todos devem ter o seu estatuto pessoal.

Comtudo, o individuo só deverá considerar-se em geral *heimathlos* quando nunca tenha tido nacionalidade ou quando esta não possa determinar-se. Quando tenha sido cidadão dum país cuja nacionalidade veio a perder sem que adquirisse uma nacionalidade nova, deve considerar-se a antiga nacionalidade como um direito internacionalmente adquirido ainda não substituido regularmente sob o ponto de vista internacional, e portanto deve semelhante individuo ter-se como cidadão do país a que já pertenceu. Assim o exigem os principios da cidade e da continuidade. 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.

2.º) Mais frequente e mais perigosa que a falta de nacionalidade, é a hypothese duma dupla nacionalidade. Esta hypothese deve ser considerada 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. «Tanto aqui como além, escreve PILLET, elle é considerado como nacional, e porque não pode cumprir ao mesmo tempo num e noutro país as obrigações inherentes á qualidade de cidadão, expõe-se fatalmente aos rigores da lei num dos dois países que o reivindicam como seu nacional» ¹. É uma situação incompreensível e irreductível 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 igual.

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 jurídicas dos mesmos cidadãos. As regras que em cada estado determinam os modos de adquirir a qualidade de cidadão são, como já dissemos, preceitos de ordem publica, e por isso os individuos que segundo essas regras devam considerar-se cidadãos como taes serão tidos pelos tribunaes tanto para a attribuição de direitos como para a determinação da lei reguladora do exercicio desses direitos. O conflicto de nacionalidade levantado perante um tribunal de qualquer dos estados que considerem o individuo como nacional resolve-se,

¹ *Ob. cit.*, pag. 178.

portanto, pela applicação da *lex fori*, isto é, considera-se esse individuo cidadão do país do tribunal.

Em qualquer outro estado, terá os direitos pertencentes aos estrangeiros subditos do estado de que os tribunaes locais devam considerá-lo nacional, e estará sujeito ás leis desse estado quando a lei nacional deva regular as relações jurídicas. Mas qual das nacionalidades em presença lhe deverá ser attribuida? Dado o equal direito de cada estado formular 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. Todavia, assim como na conservação e mudança da nacionalidade se attende á vontade do individuo, tambem nesta hypothese se pode ter em conta a vontade presumptiva do interessado para a determinação da sua nacionalidade. Assim, se elle está domiciliado em algum dos estados de que é nacional, os tribunaes deverão attribuir-lhe a nacionalidade desse estado, já que, na concorrência de duas nacionalidades, o domicilio legitima a presumpção de que o interessado preferiu a nacionalidade do estado em que se domiciliou.

Mas, se o individuo se encontra domiciliado num estado de que não é nacional, como resolver o conflicto? Applicando, quanto possivel, o mesmo criterio. Se o juiz tem dados para determinar a *preferencia* do interessado, attribuir-lhe-á a nacionalidade presumptivamente preferida. Quando esses dados lhe faltem, deverá attribuir-lhe, ou a nacionalidade primitiva como um direito internacionalmente adquirido ainda não regularmente substituído, se as duas nacionalidades foram adquiridas *successivamente*, ou aquella cujo reconhecimento, segundo o seu prudente arbitrio, melhor proteja o individuo como a que mais se approxima da realização do principio da especialidade acima mencionado, se tiver sido *simultanea* a aquisição das duas nacionalidades. A vontade e interesses do individuo

e os interesses da comunidade internacional serão então os critérios da sua deliberação ⁴.

260. 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, conserva o individuo a sua nacionalidade e portanto um vinculo de direito com o estado de origem.

Desta ligação entre os estados e os seus subditos expatriados, resultou para o estado o direito de proteger os nacionaes residentes em país estrangeiro contra a violação dos seus direitos. E o estado moderno concede essa protecção, organizando-a por meio dos seus agentes diplomaticos e consulares e apoiando-a com o seu exercito e com a sua marinha de guerra. Em que medida poderá, porém, ser exercida essa protecção? Por que meio deverá ser realizada?

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 es-

⁴ PILLET, *Principes*, pagg. 177 e 312 e segg., e *Droit int. privé*, pag. 365; WEISS, *Traité*, cit., tom. I, pagg. 10 e segg.; DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, pagg. 237 e segg.; STOERK, *Les changements de nationalité et le droit des gens*, na *R. D. I. P.*, vol. II, pagg. 273 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pag. 219.

tado protector residentes em país estrangeiro. Tem assim um *limite* — é essa lei commum, e tem uma razão de *legitimidade* — é o não cumprimento dessa lei pelo estado local.

E esta legitimidade ainda 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 aceitar 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.

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 estrangeiro, e se não ha no país uma instituição encarregada de apreciar e julgar semelhantes violações ou se essa instituição nega *justiça* aos estrangeiros dum modo formal ou de modo disfarçado, poderá o estado interessado fazer as legitimas reclamações e exigir as justas reparações.

Poderão, porém, estas reclamações e reparações ter lugar quando os estrangeiros são lesados na sua pessoa ou nos seus bens por virtude de medidas de repressão ordenadas por um governo por occasião 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 egualmente 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 restrição. 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 occasião 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 promete-lhes uma segurança egual 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. Já noutro logar determinamos a doutrina geralmente seguida a este respeito. A protecção só pode ir até á exigencia do cumprimento da lei *commum* que regula as relações do estado com os seus credores e determina as garantias dadas ao juro e á amortização dos seus titulos. 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 capitães 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»¹.

b) Se a violação deriva de actos illegaes de funcionarios do estado local, os estrangeiros deverão reclamar contra esses actos pelas vias legaes, administrativas ou judiciaes, estabele-

¹ *Supra*, pag. 486.

cidas no mesmo estado *local*. Só quando as autoridades locais não queiram attender 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 estes conhecerem dessas violações e só quando os juizes lhes neguem justiça o estado de origem ficará auctorizado a exercer o seu direito de protecção.

Os meios para em qualquer das hypotheses o estado realizar o direito de protecção dos seus nacionaes 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 assim, serão as negociações amigaveis, as representações directas ou por meio dos agentes diplomaticos e consulares, a denuncia dos tratados existentes, o pedido de garantias dos direitos dos estrangeiros estabelecidas num novo tratado, a retirada do *exequatur* aos consules, o rompimento das relações diplomaticas, as medidas de retorsão, as represalias, o bloqueio pacifico, as hostilidades (quando doutro modo não possa conseguir-se o respeito dos direitos dos nacionaes ou a sua reparação e para tanto houver motivo legitimo), os processos de que o estado lançará mão para conseguir o respeito dos direitos dos seus nacionaes, escolhendo aquelle que mais adaptado for ao caso occorrente e devendo começar pelos de character pacifico para só em ultimo recurso usar da violencia ¹.

¹ DE MARTENS, *ob. cit.*, tom. I, pag. 442; DESPAGNET, *Droit international public*, pagg. 375 e segg.; BONFILS, *ob. cit.*, pagg. 170 e segg.; NYS, *ob. cit.*, pagg. 221 e segg.; ANZILOTTI, *La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, na *R. D. I. P.*, 1906, pagg. 5 e segg.

§ II

As pessoas jurídicas ¹

SUMMARY : — 261. A existência das pessoas jurídicas estrangeiras fóra do seu estado de origem. — 262. Pessoas jurídicas estrangeiras de caracter publico ou pessoas moracs. O Estado. — 263. Corpos administrativos, estabelecimentos publicos e estabelecimentos de utilidade publica. — 264. Nacionalidade e condição legal das pessoas moracs estrangeiras. — 265. A Igreja e as sociedades internacionaes como pessoas jurídicas. — 266. As pessoas jurídicas estrangeiras de caracter particular. Sociedades commerciaes: sua nacionalidade e seus direitos.

261. 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 jurídicas*, *pessoas moracs* ou *pessoas sociaes*, que são afinal as associações dotadas de individualidade jurídica, ou da capacidade de exercer direitos e contrair obrigações. E as associações apparecem por toda a parte como meio de auxiliar o desinvolvimento ou de supprir

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. 369 e segg.; CALVO, *Le droit international*, tom. II, pagg. 221 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, tom. I, pagg. 330 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. J. CAEIRO DA MATTA, *Pessoas sociaes administrativas*; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pagg. 169 e 208 e segg.; etc.

as insufficiências do poder dos indivíduos e por toda a parte também o direito dos povos reconhece *as pessoas collectivas* como meio de garantir eficazmente a expansão do principio associativo. E 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 jurídicas estrangeiras. Mas, ao passo que o reconhecimento da individualidade jurídica das pessoas físicas estrangeiras obtinha a consagração dum principio incontestado, o reconhecimento da individualidade das pessoas jurídicas 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 jurídicas estrangeiras, um systema exclusivo que restringe a vida jurídica 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 jurídicas 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 jurídicas 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.º 287 e segg.

² Tom IV, pag. 152.

peçoas jurídicas estrangeiras precisavam de ser auctorizadas pelo estado local para ahí poderem exercer a sua actividade jurídica. 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 peçoas 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 character 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, orgão 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 peçoas jurídicas legalmente existentes num estado, não só têm um cunho local, mas a sua admissão em país estrangeiro sem necessidade de auctorização poderá ser contraria 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 afirmou-se vigorosamente o systema liberal, que vai triumphando progressivamente na doutrina e na jurisprudencia. BROCHER, LAINÉ, MICHOU, DESPAGNET, PILLET, SACOPOLO, 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 duma 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 effectos 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 character 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 jurídica internacional e contrariar o systema limitativo da auctorização.

Comtudo, a regra de que as pessoas jurídicas participam *de plano* da vida civil no estrangeiro está sujeita a duas ordens de restricções. Em primeiro logar, a regra tem de ceder a uma disposição em contrario da constituição ou das leis dum estado que, na defesa dos interesses publicos, prohibam o accesso no territorio a determinadas pessoas jurídicas estrangeiras. Depois, deixará a mesma regra de abranger as pessoas jurídicas para que não haja uma prohibição expressa mas cuja missão seja considerada immoral e illicita pelo estado territorial, pois que os seus actos, mesmo de direito privado, iriam fecundar uma obra reprovada pelo legislador desse estado. Moderada por estas limitações, a regra que deixamos estabelecida é um resultado e um factor da solidariedade crescente dos estados civilizados.

262. As pessoas jurídicas podem propor-se a realização dum fim de interesse geral e superior — *pessoas jurídicas 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 jurídicas 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 jurídica nas relações internacionaes.

No primitivo rigor do seu systema, rejeitava LAURENT ao estado a qualidade de pessoa jurídica 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 subtileza: 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 cerpo politico e figura como tal nos tratados, existe realmente. Não seria estranho que a Belgica 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, não valorizando a antiga opinião daquelle escriptor a nova defesa em que quis apoiá-la MORREAU, 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 civil², pois que se não pode estabelecer comparação entre o estado

¹ *Droit civil international*, tom. iv, pag. 251.

² *J. D. I. P.*, 1892, pagg. 337 e segg.

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.

263. 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 involver o reconhecimento da sua individualidade juridica por parte dos estados estranhos sem necessidade duma auctorização especial. Effectivamente, o reconhecimento dum estado abrange logicamente 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 desinvolvimento natural e não prejudique os interesses dos outros estados.

264. Resolvido o problema do reconhecimento das pessoas moraes estrangeiras, apparecem logicamente os problemas da determinação 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 aucto-rização.

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 jurídica* 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 pu-

blica, embora não encarregados dum serviço publico, propõem se contudo 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.

Pode, é certo, um estabelecimento de utilidade publica exercer uma função de utilidade commum a mais que um estado e portanto não ser inconveniente o alargamento da sua actividade para fóra do pais de origem. Contudo, 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 *nacionais* 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 patrimoniales, que se resumem na aquisição, posse e transferencia de bens e na sua defesa perante os tribunales de justiça.

Separando, como acima, os estados das demais pessoas moraes, deve dizer-se que os estados podem exercer no estrangeiro direitos patrimoniales, como os direitos de adquirir, pos-

suir, contractar, etc., e o direito complementar de em juízo defender os direitos adquiridos. Poderão porisso, embora assim o não intendam todos os escriptores, adquirir bens immobilia-rios 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 último 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, exaggerada. 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 ahí podem ser exercidos pelas pessoas moraes locais, quanto ao modo de exercicio dos mesmos direitos, e até quanto a prescrições especiaes para as pessoas moraes estrangeiras. Não devem ter evidentemente uma situação privilegiada relativamente ás pessoas moraes locais 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.

265. Ao lado dos estados e das outras pessoas moraes que com elles cooperam na realização do seu destino, terão tambem um lugar as sociedade 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 internacio-

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 estrangeiras. Vide *Anuario*, vol. 16.º, pagg. 279 e segg.

nal e os estados christãos 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 communicar 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 comprehenderia que os estados reconhecessem a Santa Sé como verdadeira instituição publica internacional e lhe negassem uma condição fundamental da sua conservação.

As Uniões internacionaes representam unidades associativas, com a forma de confederações fragmentarias, creadas pelos estados para a realização de interesses communs, que, para o exercicio das suas funções, precisam claramente de praticar actos de direito privado, e porisso tambem deve ser a individualidade juridica uma das manifestações da sua existencia.

As sociedades internacionaes de *origem particular*, ou sociedades internacionaes de *individuos*, como noutro lugar deixamos dicto, só podem hoje constituir se segundo a legislação dum determinado estado e porisso terão nos outros estados a situação das pessoas juridicas estrangeiras de categoria *semelhante* á sua.

266. As pessoas juridicas de character 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 character 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 tõem 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 substituído pelo *principio da regulamentação*, não precisando em geral as sociedades commerciaes duma auctorização especial para se constituírem legitimamente, bastando que se conformem com as prescripções 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 supõe 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 subtra-

ção 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, contudo, 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 insolvel, o que equivaleria a substituir o systema pelo do 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. A 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 ahi, 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 ahi 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 socios a dão *ficciamente* 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

¹ ARMINJON, *Nationalité des personnes morales*, na *R. D. I.*, 1902, pag. 407.

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

SUMMARY : — 267. Os direitos publicos concedidos aos estrangeiros. —

268. 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. — 269. Situação dos estrangeiros relativamente aos direitos reconhecidos pelas leis portuguezas e não admittidos pela sua lei nacional, ou reciprocamente.—270. Competencia dos tribunaes portuguezes em relação a estrangeiros.—271. Os estrangeiros em Portugal e os direitos politicos.

267. Como estado de civilização europeia, offerece 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 anotado*, vol. 1, pag. 26; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pagg. 162 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 codigo civil, que torna a capacidade juridica inherente á qualidade de homem.

Mas, com a capacidade juridica reconhece o direito portugêus aos estrangeiros as facultades que condicionam e garantem a affirmação da personalidade, como são :

1.º) O direito de communicação internacional, o que se revela claramente no facto de Portugal entrar nas uniões postal e telegraphica, que asseguram a correspondencia entre os individuos das diversas nações, e na união para a publicação das tarifas aduaneiras, 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 e no decreto de 17 de julho de 1871.

Estes diplomas, que regulam a admissão de estrangeiros no reino, seguem um systema differente segundo os estrangeiros sejam procedentes da Europa ou de país não europeu.

Os primeiros são 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 identidade, 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, quer para legitimar a sua residencia, quando a sua demora seja indeterminada ou superior a oito dias, quer para declarar o tempo por que se demoram, quando a demora seja inferior áquelle prazo, e para se munirem de passaporte para o destino que se propõem seguir ¹.

Os segundos podem ser admittidos no reino — quando apresentem passaporte das auctoridades do pais de que procedem ou dos agentes diplomaticos ou consulares da nação a que pertencerem, ou, na falta de passaporte, abonação idonea á identidade de pessoa, ou, na falta de abonação, declaração, por termo escripto, da sua identidade, das circumstancias e do fim a que võem, — ou quando declarem, sendo emigrados, o lugar para onde vão residir ².

Com maior ou menor facilidade, todos os estrangeiros podem, pois, entrar no reino e estabelecer nelle o seu domicilio ³.

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

¹ Dec. de 1871, artt. 1.º, 2.º, 3.º e 8.º

² Reg. de 1863, art. 2.º

³ A exigencia de passaportes, embora uma medida de policia inteiramente legitima que o estado poderá sempre empregar como meio de comprovar a identidade dos estrangeiros que entram no seu territorio, caiu nos ultimos tempos em desuso quasi completo. Em todo o caso, alguns estados a mantêm, como a Venezuela e a Turquia, que exigem, dum modo geral, passaporte para a entrada no seu territorio, e a Russia, que o exige para a entrada na Finlandia.

poderia determinar legítimas reclamações diplomaticas. 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. Em regra são isentos os crimes politicos e os crimes menos graves.

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 demestico 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 industria, 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 naturaes*, que, segundo o artigo 359.º do codigo civil, são, alem da liberdade, os direitos de existencia, de associação, de appropriação 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 egual á reconhecida pelos estados mais liberaes para com os subditos das outras nações.

268. 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 affirmação e procuraremos determinar o seu verdadeiro alcance.

Os principios fundamentaes sobre a materia encontram-se no 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 portuguezes 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 portuguezes*, excepto se a lei expressamente determinar o contrario, ou se existir tratado ou convenção especial que determine e regule doutra fórma 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 se encontra uma restricção formal, constante dos artt. 1966.º e 2492.º, que tornam os estrangeiros incapazes de ser *testemunhas instrumentarias*¹, 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 portuguezes 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 affirmacão 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 pessoa, *nacional* ou *estrangeira*, que for civilmente capaz de se obrigar, poderá praticar actos de commercio em qualquer parte destes reinos e seus domínios e nos termos e salvas as excepções do presente codigo». A disposicão 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 *producção*, á *transformacão* 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 egualdade, que é o systema fundamental do nosso direito, apparecem ainda revelações do systema da reciprocidade legislativa,

¹ Alem desta incapacidade, ainda é de notar a de os estrangeiros não poderem ser proprietarios dum navio portuguez, estabelecida pelo Acto de navegacão, de 1863, art. 4.

uma no já citado art. 578.º do código civil, e outra 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 código 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 código actual, o mesmo principio de reciprocidade estabelecido pelo art. 32.º do código de FERREIRA BORGES, sendo até da applicação desse artigo ao direito civil que resultou a doutrina da reciprocidade para os estrangeiros não domiciliados quanto ao gozo de direitos civis ¹.

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. A reciprocidade é, em verdade, um principio de transição, que a mutualidade de vantagens explica, mas que os actuaes sentimentos de justiça tendem a eliminar.

¹ COELHO DA ROCHA, *Instit. de dir. civ.*, § 203, n.º 4; Sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA, *ob. cit.*, pag. 168.

269. 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 jurídica.

A primeira face da questão consiste em saber se os estrangeiros poderão gosar em Portugal ainda daquelles direitos que a lei portugueza 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 WEISS ¹ e PILLET ², os quaes intendem que ao estrangeiro só podem e devem conceder-se direitos não reconhecidos pela sua lei nacional quando os effeitos 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

¹ *Traité théorique et pratique*, etc., tom, II, pag. 180.

² *Ob. cit.*, pag. 220.

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 vites do estado local.

270. Complemento natural das faculdades juridicas concedidas aos estrangeiros é o *direito de acção*, como meio de tornar efficaz o systema de garantias de que a lei cerque a sua individualidade. Porisso tambem a lei portugueza devia assegurar aos estrangeiros o recurso aos tribunaes para a defesa dos direitos que tão liberalmente lhes concedeu. Assim aconteceu, com effeito, pois os artigos 25.º e 29.º do codigo civil, 16.º e 20.º do codigo do processo civil, 5.º do codigo commercial e 8.º do codigo de processo commercial, estabeleceram um regimen, embora ainda imperfeito, da defesa judicial dos direitos dos estrangeiros, sem que a estes seja exigida a chamada *cautio judicatum solvi* como garantia do pagamento das custas judiciais.

Da leitura daquelles differentes artigos infere-se que é necessario considerar duas hypotheses geraes — a hypothese de obrigações contraídas entre *estrangeiros* e *nacionaes* e a hypothese de obrigações contraídas entre *estrangeiros* e *outros estrangeiros*. E qualquer destas hypotheses ainda pode offerecer

duas variantes, segundo as obrigações forem contraídas no reino ou fóra do reino.

a) *Obrigações contraídas no reino entre estrangeiros e nacionais.* Nesta hypothese pode ainda o portuguez estar domiciliado no reino ou fóra do reino. No primeiro caso, o estrangeiro demanda-o no fóro do seu domicilio; no segundo sómente pode demandá-lo se elle for encontrado no reino. O juizo competente é o do lugar em que fôr encontrado (cod. civ., art. 25.º, cod. do proc. civ., artt. 16.º e 20.º). Reciprocamente, pode um estrangeiro ser demandado por um portuguez no fóro do domicilio, ou no lugar em que fôr encontrado, quando não domiciliado no reino. Se o portuguez ou estrangeiro estiver domiciliado fóra do reino e cá não for encontrado, cessa a competencia das justiças portuguezas.

b) *Obrigações contraídas entre estrangeiros e nacionaes fóra do reino.* Os estrangeiros podem, nesta hypothese, demandar os portuguezes, se estes tiverem domicilio no reino ou ahi forem encontrados, e reciprocamente os portuguezes podem demandar os estrangeiros dando-se as mesmas circumstancias. A solução é identica á da hypothese anterior (cod. com., art. 5.º e cod. proc. com., art. 8.º).

c) *Obrigações contraídas entre estrangeiros e outros estrangeiros no reino.* Um estrangeiro pode demandar perante as justiças portuguezas outro estrangeiro quando este for encontrado no reino ou ahi tenha domicilio (cod. civ., art. 29.º, cod. com., art. 5.º e cod. do proc. com., art. 8.º).

d) *Obrigações contraídas entre estrangeiros e outros estrangeiros fóra do reino.* Nesta hypothese, que não é visada por nenhum dos artigos dos codigos civil, commercial, do processo civil e do processo commercial relativos á competencia dos tribunaes portuguezes quanto a estrangeiros, parece que um estrangeiro nunca poderá demandar outro estrangeiro perante as justiças portuguezas e assim o intende, por exemplo, o

sr. dr. DIAS FERREIRA ¹. Comtudo, o art. 25.º do código civil, que confere aos portugueses o direito de demandar outros portugueses perante as justças de Portugal por obrigações contraídas em país estrangeiro quando o sujeito da obrigação tenha domicilio no reino, combinado com o art. 26.º do mesmo código, que concede aos estrangeiros os mesmos direitos civis que aos portugueses, e ainda com o art. 16.º do código do processo civil, que estabelece o principio geral da competencia do fóro do domicilio do reu para a exigencia do cumprimento das obrigações, auctoriza a opinião de que um estrangeiro pode demandar outro estrangeiro em Portugal por obrigação contraída fóra do reino, quando o sujeito da obrigação cá tenha o seu domicilio. E esta opinião tem em seu apoio a ponderosa consideração de que a negação de justiça aos estrangeiros em caso de obrigação entre elles contraída fóra do reino, embora neste domiciliados, contraria o modo de ser actual da sociedade internacional, pois que os estados civilizados vivem em estreita solidariedade e devem, não por uma attenção de cortesia, mas por uma obrigação de direito, protecção juridica aos estrangeiros e os seus tribunaes devem funcionar como orgãos da commidade internacional para defender os direitos dos individuos que se encontrem na esphera da sua jurisdicção. Só assim terá o homem garantida a sua individualidade de direito proprio dentro dos estados civilizados. Alem disso, dada a regra geral da competencia do fóro do domicilio para a exigencia do cumprimento das obrigações, poderia resultar de semelhante negação de justiça a iniqua consequencia de o sujeito do direito não poder demandar em parte alguma o sujeito da obrigação, e a iniquidade

¹ *Código civil annotado*, 2.ª ed., tom. 1, pag. 41, e *Código do processo civil annotado*, tom. 1, pag. 47.

deve evitar-se sempre que contra ella se possam intender as leis.

— Appreciando agora dum modo geral o regimen seguido pelo nosso direito quanto á competencia em relação a estrangeiros, encontramos um desvio notavel das regras geraes da competencia e, pelo menos, uma incerteza importante na *protecção judicial* dos subditos dos outros estados. O desvio é que, emquanto, em geral, a competencia se fixa pelo domicilio, aqui basta por vezes que o sujeito da obrigação seja *encontrado* no reino para legitimar a competencia dos tribunaes portuguezes, e a incerteza está em aos estrangeiros poder ser recusado o demandarem outros estrangeiros perante os tribunaes portuguezes por obrigações contraídas fóra do reino, ainda que todos no reino estejam domiciliados. Ambas estas circumstancias são causas de imperfeição, que o progresso do direito internacional privado virá remediar. O desvio da competencia do fóro do domicilio para a competencia dos tribunaes do reino, quando o sujeito da obrigação ali for encontrado, representa uma excepção ás regras geraes de competencia, já que em principio o encontro do individuo num determinado logar não é bastante para fixar o fóro de cumprimento das suas obrigações, excepção que a desconfiança de que justiça inteira não fosse feita aos nacionaes pelos tribunaes estrangeiros poderia até certo ponto justificar no seu apparecimento, mas que as tendencias geraes para reconhecer e garantir a individualidade dos estrangeiros deve naturalmente eliminar. Tambem nas regras de competencia se deverá estabelecer um principio de egualdade e sujeitar nacionaes e estrangeiros ás mesmas regras de protecção judicial. A incerteza de obter justiça dos tribunaes portuguezes no caso de obrigações contraídas em país estrangeiro é contraria aos deveres de assistencia e solidariedade internacional, devendo, porisso, substituí-la o reconhecimento expresso do

principio da competencia do fôro do domicilio relativamente aos estrangeiros, seja qual fôr o logar de origem da obrigação.

271. 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 portuguez reconhece a ligação dos estrangeiros com o seu estado de origem, não os obrigando nem os admittindo ao serviço militar, recebendo consules que sobre elles exerçam auctoridade, e concluindo tratados de extradicação 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.

DIVISÃO II

Pessoas jurídicas

SUMMARIO : — 272. Os Estados e as pessoas moraes estrangeiras segundo o direito portuguez. — 273. A Igreja e as sociedades internacionaes em face das leis do reino. — 274. Sociedades commerciaes estrangeiras: seu reconhecimto, nacionalidade e capacidade juridica.

272. a) *Estados*. Os estados que o governo portuguez 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 capacidade 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 igualmente 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.

¹ Instrucções de 30 de outubro de 1902, art. 15.º, § 3.º

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 gozo de direitos civis e declarando o segundo que nenhuma associação ou corporação pode representar uma individualidade juridica 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 entender, ás pessoas moraes portuguezas. 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 pessoas 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

codigo 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 constiuida com um fim de lucro, não haverá razão para a reconhecer a 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 legitimós do seu instituto, que é o limite marcado pelo art. 34.º do codigo civil á capacidade juridica 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 portugesas para a pratica de determinados actos e ás restricções a que essas mesmas pessoas andam subordinadas, como é a restricção posta ás coroporações de instituição ecclesiastica, que só podem herdar até ao valor do terço da terça do testador (cod. civil, art. 1781.º).

273. 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 função legitima, e porisso 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, tam-

bem deverá reconhecer a individualidade jurídica, já que ellas representam uma affirmação da progressiva solidariedade dos estados modernos, enquanto o exercicio dessa individualidade não for contrario ás prescripções das leis portuguezas.

274. d) Sociedades commerciaes. O direito commercial portuguez 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 portuguezes, 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 portuguez 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 contráem para com terceiros a mesma responsabilidade que os representantes das sociedades nacio-

naes (cod. comm., art. 111.^o e § unico); β) as sociedades que se queiram constituir em país estrangeiro, mas que devam ter sêde no reino e nelle exercer o 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 ás prescripções indicadas nas alineas α) e β) serão sujeitas ás comminações da lei portuguesa, ficanco 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 portugueses 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 egualmente 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 ás 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 da codigo commercial mostra que a nacionalidade das sociedades mercantis anda relacionada com o país da constituição, com a séde 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 ahi fixa a sua séde 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 séde 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 séde 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 séde da sua administração e cá pratica os actos de commercio que suppõe a administração social, ainda será portugueza ou já deverá considerar-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 portugueza. Effectivamente, enquanto a séde se conserva em país estrangeiro, o commercio social, ou simples (art. 109.º) ou por meio de agencias ou succursaes (art. 111.º), não attribue á sociedade a nacionalidade portugueza; 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 constituídas em país estrangeiro* ou simplesmente em *sociedades constituídas em país estrangeiro*, e o artigo 4.º, n.º 1, diz que os actos de commercio serão regulados quanto á substancia e efeitos 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 constitui-

das em país estrangeiro, que quiciram 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 harmonia 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 codigo commercial parece comprovar que o legislador português 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 juridica 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 codigo commercial e, no caso de não cumprimento dessas prescripções, ás penalidade do art. 112.^o do mesmo codigo; 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 demandadas no juizo da circumscripção da agencia ou succursal; se cá não tiverem representação social, só podem ser demandadas perante as justizas portuguezas 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. com., art. 5.º, e cod. de proc. com., art. 8.º) ¹.

As pessoas juridicas estrangeiras de character privado, que não sejam sociedades commercias, poderão praticar no reino, em virtude do principio geral do reconhecimento da capacidade civil internacional, não contrariado pelas leis portuguezas, os actos para que sejam capazes segundo as leis do seu país, são contrarios ás leis locais.

¹ Sr. dr. J. J. TAVARES, *ob. cit.*, pag. 170.

CAPÍTULO III

Conflictos de leis

SECÇÃO I

Constituição progressiva duma theoria dos conflictos ¹

SUMMARY : — 275. Genese natural dos conflictos : — a *personalidade* e a *territorialidade* na applicação das leis. — 276. A primeira tentativa duma theoria dos conflictos. Os postglosadores como iniciadores da *theoria dos estatutos*. — 277. Organização da theoria estatutaria — escola franceza do seculo xvi, escolas belga e hollandesa do seculo xvii, e escola franceza do seculo xviii. — 278. Apreciação geral do valor e dos resultados da theoria. — 279. A renovação da theoria dos conflictos pelos escriptores allemães do seculo passado: WAECHTER, SCHAEFFNER e SAVIGNY. Alancee progressivo das doutrinas destes escriptores. — 280. A escola italiana e a afirmação da lei pessoal como criterio fundamental na resolução dos conflictos. A sua significação e o seu valor. — 281. 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 PILLET. — 282. Conclusões.

275. Depois do problema da condição dos estrangeiros, que determina a medida dos seus direitos, vem naturalmente

¹ PILLET,] *Principes*, pagg. 123 e segg. e 249 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 164 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 privato*, pag. 37 e segg., e *Le droit international privé*, tom. I, pagg.

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 commuidade 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

39 e segg.; WEISS, *Manuel*, pagg. 338 e 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 SOMMIÈRE, *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. J. ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pagg. 48 e segg.; Sr. dr. J. J. TAVARES, *ob. cit.*, pagg. 98 e segg.; etc.

da *lei pessoal* e da *lei territorial*, se concedessem ao interesse dos individuos e aos interesses das collectividades nacionaes as garantias indispensaveis á estabilidade pessoal dos primeiros e á conservação e desinvolvimento das segundas. 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 tẽem 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.

276. Com a invasão do imperio romano pelos barbaros, generalizou-se na Europa o principio da *personalidade das leis*, deixando os invasores os povos conquistados sob o imperio das suas leis nacionaes, de modo que era cada um regido pelo direito que lhe fosse pessoal pela sua origem.

O principio da personalidade das leis era, porém, contrario á soberania do estado e como tal teve de ceder diante da affirmacão progressiva do principio da soberania territorial, até que, 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, foi substituido pelo principio contrario 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 ahí sejam praticados, principio traduzido pelo adagio feudal — *Todos os costumes são reaes*. Foi um exaggero contraposto a outro exaggero, pois, se o principio da personalidade sacrificava a soberania do estado, o principio da territorialidade tinha o grave inconveniente de tornar incertos todos os direitos, porisso que tornava dependente o seu reconhecimento e o seu exercicio da simples eventualidade duma mudança de territorio, e de sujeitar o estado e a condição juridica das pessoas a uma mobilidade perigosa. Semelhante inconveniente feriu a attenção 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 differentes 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 ou pelo direito lombardo considerados como direito *commun*; 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: — 1.º) em classificar as leis locaes 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 território 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*.

O primeiro esboço da theoria dos estatutos deve-se aos post-glosadores e principalmente a BARTOLO, o qual, acceitando a territorialidade como regra, intendia que certas leis eram pessoas e deviam applicar-se de preferencia ás leis locais. Admittia a distincção entre estatutos pessoas e estatutos reaes, devendo considerar-se da primeira ou da segunda categoria consoante a lei se referisse ás pessoas ou aos bens. Mas, para as difficuldades de applicação do principio, não encontrou BARTOLO outro criterio de distincção dos estatutos que não fosse a construcção grammatical da phrase, devendo considerar-se o estatuto pessoal ou real segundo a primeira palavra do seu texto fosse relativa ás 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.

Não chegaram os glosadores 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. Deixaram, porém, já elementos de indiscutível valor para a construcção da theoria da justa conciliação das leis privadas. Assim, 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 lugar da celebração aos effeitos naturaes e previstos das convenções e da lei do lugar da execução aos seus effeitos accidentaes,

a applicação da *lex loci* á fôrma externa dos actos, e a applicação da *lex fori* á fôrma do processo, são outras tantas regras esboçadas pelos glosadores, que a doutrina viria posteriormente aproveitar e desinvolver. Deve ainda dizer-se que se notava nesta primeira escola italiana de direito internacional privado uma decidida tendência 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.

277. De Italia passa para a França a theoria dos estatutos e encontra nos juriconsultos franceses do seculo XVI, principalmente em DUMOULIN, D'ARGENTRÉ e COQUILLE, uma organização regular. O primeiro destes juriconsultos partia do principio de que todos os costumes eram reaes, mas não hesitava em formular excepções em ordem a admittir a existencia dum estatuto pessoal ao lado do estatuto real. Pondo de parte o criterio verbal de BARTOLO, baseou a distincção no objecto de cada estatuto e declarou pessoaes os estatutos que dissessem respeito exclusivamente ás pessoas, e reaes os que unicamente se referissem aos bens. Mostrou 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 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 haviam referido a uma determinada legislação.

D'ARGENTRÉ parte do mesmo principio que DUMOULIN, segue o mesmo criterio, mas manifesta uma tendencia contraria. Em vez de *personalista*, é accentuadamente *realista* e sacrifica muitas vezes ao real o estatuto pessoal. Este juriconsulto admit-

tiu, ao lado dos estatutos pessoais e reaes, uma nova categoria de estatutos, os *estatutos mixtos*, em que entravam todas as disposições relativas ao mesmo tempo ás pessoas e aos bens, ficando para os outros estatutos apenas as disposições que unicamente dissessem respeito ás pessoas ou aos bens. Comtudo, a nova divisão dos estatutos só serviu, no seu auctor, para alargar o estatuto real, já que ao estatuto mixto applicava a lei territorial, e, em outros, para originar confusões e difficuldades, quando pretendiam que ao 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 estatutaria.

COQUILLE, adoptando embora o criterio e alcance da distincção dos estatutos em pessoais e reaes, já não accceita 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 prescrições por uma mudança de residencia; e se a lei só indirectamente visa aquelle interesse, a sua applicação limitar-se-á ao territorio que a rege. É digna de registrar-se esta attenção pelo *fim da lei*, pois veremos que ella domina uma das mais recentes theorias ácerca da resolução dos conflictos.

No seculo XVII é a doutrina dos estatutos defendida por juriconsultos 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 predominio 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 communes defendiam a sua independencia contra toda a

usurpação duma auctoridade estranha. Na impossibilidade de especializar doutrinas, diremos só que PAULO VOET admittit, á semelhança de D'ARGENTRÉ, estatutos mixtos, para ahí comprehender, não todas as leis relativas ao mesmo tempo ás pessoas e aos bens, mas aquellas que respeitam á *fórma externa* dos actos.

Ainda no seculo 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 pessoas 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.

278. A theoria dos estatutos fundava-se em dois principios scientificamente envelhecidos e porisso 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. Um era a contestação do vinculo pessoal entre uma soberania e os seus subditos que se encontram fóra do seu 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 afirmar 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 pessoais e estatutos reaes declarando os primeiros extraterritoriaes 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 forma externa dos actos e á interpretação dos contractos que rigorosamente deviam ficar fóra da classificação. Abalada nos seus fundamentos theoreticos 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, porém, exige que se diga que a theoria dos estatutos prestou evidentes serviços á nossa sciencia, não só por ter dado impulso ao estudo das questões de direito internacio-

nal 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 partes devidas aos juriconsultos estatutarios.

279. Foi da Allemanha que veio a iniciativa da renovação scientifica da theoria dos conflictos com os systemas de WAECHEER, de SCHAEFFNER e de SAVIGNY. As doutrinas renovadoras procuraram dar áquella theoria solidez scientifica e precisão pratica, para assim poderem affirmar 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 dum principio de *communitate de direito* entre os povos civilizados, principio que, por um lado, pode 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 encontram-se os tres escriptores citados, embora fosse SAVIGNY aquelle que mais pôs em relevo o principio da communitate de direito como base de todo o direito internacional privado, principio fecundo que abriu horizontes novos á theoria dos conflictos apertada até então pela cadeia feudal da territorialidade. Afastaram-se, porém, no criterio escolhido para a concretização daquelle principio, como passamos a verificar.

O systema de WAECHEER determina se pela funcção que elle

attribue aos juizes em face das questões emergentes das relações privadas internacionaes. Em primeiro lugar, o juiz deve applicar a *lex fori* quando ella seja expressa ácerca da resolução 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 caracter 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.

HAEFFNER, reconhecendo, como WAECHTER, que o juiz deve investigar antes de mais nada se a *lex fori* formula algum principio acerca da resolução do conflicto occorrente, para proceder á sua applicação, estabelece um criterio muito differente para o caso de silencio da *lex fori*, qual é o de apreciar a relação juridica segundo a lei do logar onde aquella relação tenha origem. Applicando este criterio ás differentes relações entre as pessoas ou entre as pessoas e as coisas, decide, por exemplo, — que o estado e a capacidade da pessoa devem ser regulados pela lei do domicilio, pois é ali que ella se torna capaz,— que a legitimação por subsequente matrimonio deve ser apreciada

segundo a lei do nascimento do filho, já que é ahí que se estabelece a sua relação com os paes, — que os bens, *ut universitas*, devem ser regulados pela lei do domicilio, por ser nesse logar que a pessoa adquiriu a capacidade para possuir bens, etc. O criterio de HAEFNER é mais preciso que o de WÆCHTER, 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, determinada uma vez esta natureza, deve investigar qual é a lei que mais convem á materia, e applicá-la ainda que seja obra dum legislador estranho». E 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 juridica sem preoccupações 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 citae*, as obriga-

ções á lei do logar da sua execução, salvo declaração em contrario, a fórma dos actos juridicos á regra *locus regit actum*, etc.

O systema de SAVIGNY é profundo, emquanto procura fixar pela natureza das relações juridicas 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 juridicas e, porisso, com o perigo de levar ao arbitrio na resolução dos conflictos. «Querer procurar na natureza das coisas, escreve PILLET, a solução dos 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 communidade 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.

¹ *Journal de droit international privé*, 1894, pag. 422.

280. 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, LOMONACO, 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 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 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 attenuações que resultam da *ordem publica internacional*, da regra *locus regit actum*, e da *autonomia da vontade*»¹. Consequentemente, a lei pessoal será 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.

¹ *Traité théorique et pratique*, tom. III, pag. 63.

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 communitades politicas. 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. En isto 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.

Ora, dada 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 equilibrio final entra os principios oppostos da territorialidade e da personalidade. E assim aconteceu, como os factos nos vão mostrar.

281. 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 nacionalidade, 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 LAUREAT nas exigencias da ordem social que dominam a individualidade humana. Estas leis territoriaes comprehendem 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 character commum de todas as leis territoriaes é que ellas respeitam ao *interesse social*.

O movimento de reacção encontrou eco no nosso país na opinião auctorizada do sr. dr. GUIMARÃES PEDROSA. Em 1878 escrevia o illustre 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» ⁴. Ha nestas palavras a expressão bem nítida do pa-

rallelismo dos dois principios da realidade e da personalidade. de cuja coordenação deve resultar a verdadeira theoria dos conflictos.

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* ou, o que é o mesmo, 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 *certeza*, pela fixação de principios sufficientes para facilitar a missão dos juizes e garantir a segurança das partes, ao *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 juridica, e *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 justo* a sua realização em harmonia com as prescrições 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 communidade internacional e podendo produzir effeito em todos os estados que dessa communidade 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 *extrterritoriaes*: *territoriaes* ou de *applicação geral* a todos os individuos que se encontrem no territorio do estado legislador; *extrterritoriaes* ou de *applicação permanente* a todos os subditos a quem ellas se dirigem até á 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 *extrterritoriaes*, quando acompanhem os subditos 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 *ge-*

¹ *Ob. cit.*, pag. 123 e segg.

neralidade ou a *permanencia*. Sacrificando a generalidade, é exterritorial e acompanha os nacionaes em país 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 ali 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 apresentem. Em cada caso, procuraremos qual é das duas qualidades territorialidade ou exterritorialidade a que melhor se accomoda 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, acrescenta, consiste em dar em cada caso a preferencia á lei que melhor corresponde ao fim da instituição juridica 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 terri-

torio 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 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 funcção 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 tõem o valor duma regra e duma excepção, mas são duas regras paralelas de igual valor. «Não temos uma regra e uma excepção, como queria a escola italiana, mas duas regras paralelas, fundadas no mesmo principio, dotadas do mesmo valor».

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 e 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 commuidade de direito que domina as relações dos estados civilizados ; como para SAVIGNY, a natureza da lei 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 effi-
cazmente a sua actividade; como para LAURENT, a personali-
dade e a realidade devem equiponderar-se na construcção da
theoria dos conflictos. Mas PILLET, em divergencia: com a
doutrina dos estatutos, não quer a personalidade como uma
excepção, mas como uma regra no direito internacional pri-
vado; 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
lei, mas torna a natureza dependente do fim da lei, já que
a lei não existe senão em vista do seu fim; com a escola
italiana, não aceita a personalidade do direito como unico
principio da theoria dos conflictos apenas limitado por algu-
mas 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, apro-
veita o que existe, mas melhora-o, enquanto 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 applica-
ção geral.

282. Inventariando os elementos com que, successivamente,
as differentes correntes doutrinaes tẽem concorrido para a
constitução da theoria dos conflictos, verificamos: 1.º) que
todas se decidiram pelo reconhecimento de leis *pessoaes exter-*
ritoriaes destinadas a assegurar a situação juridica do indivi-

duo nas relações internacionaes; 2.º) que as theorias allemãs elevaram aquelle reconhecimento á altura dum *principio juridico* derivado da ideia de communidade 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 applicação 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 procuraram 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 da estabilidade necessaria á condição juridica das pessoas, o reconhecimento de leis pessoas que acompanhem os individuos por toda a parte, lhe 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 generalidade a caracteristica 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 communs da collectividade. Afeiçãoamos assim das differentes escolas o que ali encontramos de util para a resolução dos conflictos de leis de ordem privada, e acceitamos 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.

SECÇÃO II

Princípios geraes

§ I

Leis de protecção individual ¹

DIVISÃO I

Lei pessoal

SUMMARY : — 283. Determinação da lei pessoal. Competencia da lei da nacionalidade. — 284. A lei da nacionalidade nas tendencias doutrinaes. O Instituto de direito internacional e as *Regras de Oxford*. — 285. A lei da nacionalidade nas legislações e nos tratados. — 286. A lei do domicilio como lei pessoal subsidiaria. nos casos de falta de nacionalidade ou de duas nacionalidades.

283. A personalidade e a extraterritorialidade das leis de protecção individual exige a resolução immediata de dois proble-

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 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.*, pagg. 197 e 243; *Bulletin argentin de droit int. privé*, I, pagg. 1 e segg. e 473 e segg.; Sr. dr. FERREIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pagg. 37 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Das successões no direito internacional privado*; etc.

mas — o problema da determinação da lei pessoal e o problema da sua esphera de acção.

Ao primeiro problema tõem 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 preferem a lei competente, declaram competente a lei preferida. Não é, porém, em semelhantes termos que a questão deve ser discutida e resolvida. Se para cada individuo deve haver uma lei pessoal que seja a lei organizadora da sua situação juridica e da sua protecção em qualguer estado da sociedade internacional, essa lei deve ser naturalmente 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 juridicas 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 juridica 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.

284. 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, 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 pessoas 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 an *estatuto pessoal*. O systema da lei nacional tem assim por si a opinião da auctorizada academia que hoje traduz as afirmações do pensamento scientifico em materia de direito internacional poivado.

285. Ao movimento doutrinal corresponde a *evolução* legislativa no seculo XIX. O principio da lei nacional como lei pessoal entra nas legislações com os artigos 3.º e 170.º do codigo 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 codigo francês, é o systema da lei

nacional successivamente acceito pelas legislações europeias continentaes que, ora reproduzindo aquelle codigo, ora melhorando-se as suas disposições, o que acontece nas legislações mais recentes, principalmente nos codigos civis italiano, hespanhol e allemão, 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, Mexico, Perú, Venezuela, Congo e Japão. Num seculo apenas realiza o novo principio, apesar da lei da marcha lenta das transformações juridicas, progressos frisantemente indicadores de que continuará a triumphar nas reformas legislativas dos estados civilizados.

Mas a superioridade do systema da lei nacional ainda é reconhecida no movimento official de uniformização do direito internacional privado. O congresso sul-americano de Lima de 1877-78 accitou-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 Montevideu 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 ahi ventiladas relativas ao estatuto pessoal, como casamento,

divorcio e separação de pessoas, tutela de menores, interdição, 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, interdição 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. Á 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, em geral, os países ibero-americanos ficam fóra do movimento, mas este chegará por sua vez a attingí-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 affins ¹, 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, *contudo*, necessariamente validos senão quando se cumpram as *prescripções legaes do país a que os estrangeiros pertencem*. O secretario de estado dos ne-

¹ *Actes de la conférence de la Haye*, 1893, pag. 37.

gocios 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 legais do seu país foram observadas»¹;—b) quanto aos Estados Unidos, uma lei do districto de Colombia de 13 de mai 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 Brazil, o Chili, o Mexico, o Perú e a Venezuela seguem já a lei nacional, mas as resoluções dos congressos de Lima e de Madrid são revelações de que, embora remotamente, tambem 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 codigo civil, do art. 12.º do codigo 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.

286. Pode, comtudo, a lei do domicilio ser invocada *subsidiariamente* como lei pessoal, quando se dê algum dos casos do individuo não ter nacionalidade ou ter ao mesmo tempo duas nacionalidades.

¹ *J. D. I. P.*, 1932, pag. 642.

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».

No caso de duas nacionalidades, uma provinda, por exemplo, do *jus sanguinis* e outra do *jus soli*, como se o filho dum portuguez nasce no Chili e vem estabelecer no reino o seu domicilio, que será portuguez, segundo o art. 18.º, n.º 3.º, do nosso codigo civil, e será cidadão chileno em harmonia com o direito daquelle país, 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 que, em harmonia com as circunstancias, o interessado lhe pareça ter preferido, e, se as circunstancias não puderem elucidá-lo, applicará ou a lei 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, seguindo o seu prudente criterio, melhor organize a protecção pessoal do mesmo interessado. De modo que o 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 codigo civil 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 artigo 27.º do codigo civil; se o domicilio não coincide com alguma das nacionalidades, o juiz procurará determinar as preferencias do interessado e, á falta de dados, applicará a lei da nacionalidade que, segundo os criterios já

estabelecidos, melhor garanta a protecção do interessado e a realização dos princípios reguladores da attribuição da nacionalidade.

DIVISÃO II

Lei reguladora do estado e da capacidade

SUMMARY : — 287. A applicação da lei pessoal ao estado e capacidade como um principio firmemente estabelecido do direito internacional privado. — 288. Inconsistencia scientifica da distincção entre capacidade abstracta e capacidade concreta. — 289. A applicação da lei pessoal modificada pelos principios de interesse e ordem publica. — 290. A lei reguladora do estado e da capacidade segundo o direito portuguez.

287. Foi em relação ao estado e á capacidade — ao estado que designa o que a pessoa é e representa o conjuncto das suas qualidades juridicas, como 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 pessoas 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 discute 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, enquanto se pro-

põem 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.

288. Na lei pessoal entra não só o que alguns escriptores 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 logar 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.

289. 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 indissolvel, não pode um estrangeiro contrair segundo casamento emquanto viva o primeiro consorte, assim como não pode pedir a dissolução do casamento, embora a po-

lygamia e o divorcio lhe sejam permitidos 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.

Esta limitação foi egualmente reconhecida pelo Instituto nas *Regras de Oxford*. 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.

290. 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 o citado art. 12.º do codigo commercial limitou a applicação da lei pessoal com os *principios do direito publico portuguezs*. 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.

DIVISÃO III

Lei reguladora das relações de família

SUMMARY : — 291. Principio geral da applicação da lei pessoal ás relações de família. — 292. a) Casamento. 1.º) Capacidade matrimonial. Impedimento do casamento. — 293. 2.º) Forma do casamento. Casamentos diplomaticos e consulares. — 294. b) Relações pessoais e patrimoniaes dos conjuges. — 295. c) Relações entre paes e filhos. Legitimação e perfilhação. Patrio-poder. — 296. d) Divorcio e separação de pessoas. — 297. e) Tutela e curatela. — 298. f) Alimentos devidos em virtude de relações de família.

291. Como forma do estado das pessoas, é a família 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 família, tanto de ordem pessoal como de ordem patrimonial, e porisso torna-se necessario acompanhar a família na sua constituição, na sua vida e na sua dissolução, para concretizar devidamente as applicações da lei pessoal nesta esphera das suas manifestações.

292. a) *Casamento*. É o casamento o acto productor da família 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 efeitos 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 desses conflictos.

1.º) *Capacidade matrimonial*. A capacidade para contraír 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 contractantes 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 contraír casamento segundo a nacionalidade do marido que escolher ⁴.

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 de cada um dos esposos o casamento poderá ser legitimamente celebrado.

Pode, porém, o systema de impedimentos estabelecidos pela

⁴ Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Impedimentos do casamento no direito português*, Coimbra, 1896, pag. 242.

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 portuguezs sobre este assumpto.

O codigo civil, correntemente 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 estrangeiro, e, em parte, para a do casamento entre portuguezs 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 portuguezs e estrangeira, ou entre estrangeiro e portuguesa, produz efeitos civis neste reino, verificando-se, relativamente ao conjuge portuguezs, 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 portuguezs 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 á *theoria da devolução*, que constitue uma das inferioridades daquelle acto internacional.

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 effeitos no reino?

O principio geral é a exterritorialidade da lei reguladora da capacidade matrimonial e portanto deverá responder-se, em regra, affirmativamente 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 de restringir o systema de impedimentos ao casamento estabelecido pela lei dos contraentes, segundo o interesse publico exigir que a esse systema se acrescente 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 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 obstem á validade do casamento quando celebrado em contrario das suas

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 contraírem casamento em Portugal. A questão limita-s 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 penal. A lei que prohibe a bigamia é claramente uma lei de ordem publica. O mesmo ja 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 estabelecer ¹. Não pode semelhante impedimento considerar se de ordem publica e o

¹ Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pag. 253.

estrangeiro será habil para contrair casamento na idade fixada na sua lei nacional.

A modificação restrictiva dar-so-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 inversa do casamento de portuguezes em país estrangeiro, perante o direito português o casamento poderá produzir effeitos juridicos quando celebrapo em harmonia com a lei nacional, mas perante o direito do estado local tê-los-á naturalmente apenas quando forem respeitados os principios de interesse e ordem publica desse estado.

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 contrair casamento será regulado pela lei nacional de cada um dos esposos (art. 1.º), e accrescentando 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 prohi-

bir 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 conjuges.

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 contractante 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 contractantes 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 prescreva 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 locais, sendo valido o casamento contraído numa legação ou num consulado.

A convenção não referiu o impedimento de casamento não dissolvido, pois que, não reconhecendo nenhum dos estados contractantes 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 conve-

niencias internacionaes, concede aos demais estados o direito de não reconhecerem a validade do casamento celebrado em taes circumstancias.

293. 2.º) *Forma do casamento.* Embora a forma dos actos juridicos não entre no dominio das leis de protecção pessoal, falaremos aqui da forma do casamento, para deixar estabelecidas as linhas geraes do regimen internacional da organização da familia.

A forma do casamento desvia-se da lei nacional de qualquer dos esposos para ser regulada pela lei do logar da celebração, pela applicação do principio geral — *locus regit actum*. É a doutrina uniformemente seguida e a sancionada nos artt. 24,º, 1065.º e 1085.º do nosso codigo civil.

O ultima artigo citado permite provar o casamento celebrado em país estrangeiro por qualquer meio de prova, se nesse país o casamento não estiver sujeito a registo regular e authenticico. Preceitua, porém, o art. 2479.º que «todo o portugês, que contrair casamento em país estrangeiro, deverá no prazo de tres meses, contados do dia em que voltar ao reino, fazer lançar no registo civil do logar, onde estiver domiciliado, o assento do seu casamento, apresentando ao official do registo civil documento authenticico pelo qual prove que o casamento foi legitimamente celebrado», e porisso, na hypothese de o casamento não ter sido registado authenticamente, só depois de obtido um documento authenticico, como uma justificação judicial, pode fazer-se o registo no reino. A falta deste registo é sancionada pelo art. 1202.º, que recusa a qualquer dos conjuges a acção de nullidade contra os actos praticados pelo outro quando, tendo sido o casamento celebrado em país estrangeiro, não seja *publicado* em conformidade da lei, isto é, registado nos termos do art. 2479.º

A convenção da Haya consagrou o principio *locus regit actum*

nestes termos: «Será em toda a parte reconhecido como valido, quanto á fôrma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver effectuado. Fica, todavia, entendido que os países, cuja legislação exige uma celebração religiosa, poderão deixar de reconhecer como validos os casamentos contraídos pelos seus nacionaes no estrangeiro com inobservancia desse preceito. Deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em materia de publicações, mas a falta destas não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países além daquelle cuja lei tiver sido violada. Uma copia authentica do assento de casamento será transmittida ás auctoridades do país de cada um dos conjugues» (art. 5.º). Com esta disposição procurou a convenção conciliar o principio *locus regit actum* com as exigencias da lei nacional dos esposos. No mesmo espirito foi concebido o seu art. 7.º, dispondo que o casamento, nullo quanto á forma no país em que foi celebrado, pode ser considerado valido nos outros países, se a fôrma prescripta pela lei nacional de cada uma das partes tiver sido observada.

Ao principio de que a forma do casamento é regulada pela lei do lugar da celebração fazem excepção os *casamentos diplomaticos e consulares*, que, quando permittidos pela legislação do estado do agente diplomatico ou do consul e consentidos pelo estado local, são regulados, quanto á forma, pela lei do estado representado pelo agente diplomatico ou consular.

Este principio foi consignado no art. 6.º da convenção da Haya. Mas, como já fica dicto, a convenção, no intuito de facilitar a celebração do casamento, determinou que o estado local não poderá oppor-se quando se trate dum casamento que, em razão dum casamento anterior (casamento dissolvido, mas cuja dissolução não habilite os divorciados a contraír segundo casamento no estado local), ou dum obstaculo de ordem religiosa, seja contrario ás suas leis. Em tal caso pareceu á conferencia

que esse estado não podia obrigar-se a mandar celebrar o casamento, mas igualmente lhe pareceu que elle não devia oppor-se a que o casamento fosse celebrado na chancellaria diplomatica ou consular.

Quanto ás pessoas habeis para contrair casamento consular ou diplomatico, intendeu o Instituto de direito internacional que ambos os contractantes deviam pertencer ao estado da legação ou do consulado ¹, e resolveu a convenção da Haya que basta que nenhum dos contraentes seja do estado local.

O nosso Reg. consular, que, como vimos, deu competencia aos consules para celebrar casamentos, adoptou uma solução differente, legitimando o casamento consular entre portuguezs e portuguesa ou entre portuguez e estrangeira (art. 59.º).

294. *b) Relações jurídicas dos conjuges. a) Relações pessoais.* Celebrado o casamento, fica constituida a familia, apparecem naturalmente relações de direito e obrigação de character 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

¹ *Règlement international des conflits de lois en matière de mariage* (Leusanne, 1888), art. 2.º (*Annuaire, Tableau général*, pag. 40).

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 reciprocos, como os estabelecidos nos artt. 1184.º, 1185.º e 1186.º do codigo civil portuguez, 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 pelas 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 effectos 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 egualmente a lei do país onde a sancção for requerida» (art. 1.º).

O nosso codigo 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 *Règlement cit.*, art. 11.

ções derivados dum estado especial — o estado de familia, parece-nos indubitavel que tambem segundo a lei portuguesa a lei nacional do marido é a lei reguladora das relações pessoas dos conjuges. E esta lei deverá nas suas applicações ser limitada pelos principios de ordem publica, que tem de considerar se sempre como um modificador na applicação das leis estrangeiras. Assim, se uma lei estrangeira não der effeitos ao adulterio de qualquer dos conjuges, nem porisso estes poderão commetter impunemente o adulterio em Portugal, já que semelhante factó é considerado perturbador da ordem social e da ordem familiar. A disposição da nossa lei que impõe aos conjuges o dever de guardarem mutuamente fidelidade conjugal deve ser considerada como disposição de ordem publica nos termos em que a transgressão de tal dever pode ter effeitos segundo as leis do reino.

Convem, comtudo, observar que as disposições relativas a incapacidades, como disposições tendentes a estabelecer a ordem *interna* da familia e a prevenir as imprevidencias do marido ou da mulher, não devem considerar-se de ordem publica. Cumprir-se-á a seu respeito a lei nacional do marido como lei geral reguladora das relações dos conjuges. Mas os meios para tornar effectivos os direitos dos conjuges são os estabelecidos na lei portuguesa, pois que a organização do *direito sancionador* entra nas leis de ordem publica de cada estado.

Notaremos por fim que, se o marido muda de nacionalidade, conservando a mulher a sua, as respectivas relações são reguladas pela ultima lei nacional *commum*. É o justo principio formulado pela citada convenção da Haya de 1905 (art. 9.º).

β) *Relações patrimoniaes*. Para determinar a lei reguladora do regimen de bens dos conjuges, importa considerar duas hypotheses — 1.ª) a de haver um contracto de casamento e 2.ª) a de faltar esse contracto, para, na primeira, determinar a lei reguladora do contracto e, na segunda, determinar segundo

qual lei deve fixar se o regimen de bens da sociedade matrimonial.

1.^a) A capacidade para celebrar o contracto de casamento é determinada pela lei nacional de cada um dos esposos. Se os esposos não tiverem a mesma nacionalidade e a lei do marido prohibir clausulas contractuaes que sejam consentidas pela lei da mulher, seguir-se-á a lei do marido, visto essas clausulas se tornarem effectivas só depois do casamento, quando a mulher já tem perdido a sua nacionalidade para adquirir a nacionalidade do marido e visto dever ser a lei nacional do marido a lei normalmente reguladora das relações de familia.

O regimen de bens em si é o estabelecido no contracto, cujos termos devem ser respeitados. Mas, se o contracto apresentar alguma obscuridade ou alguma lacuna, qual a lei a invocar para o interpretar ou para o completar? Se, por exemplo, os esposos se limitam a dizer que se casam segundo o regimen dotal, que lei ha de definir esse regimen? Se as partes houverem indicado a lei de interpretação ou de complemento, deve ser essa a lei applicada. Se tal indicação não houver, deve applicar-se a lei nacional dos esposos, ou do marido quando a nacionalidade for differente, dada a estreita relação existente entre o regimen de bens e a organização da familia, que tambem é regulada por aquella lei.

A forma do contracto será, em geral, regulada pela lei do logar da celebração, pela applicação do principio *locus regit actum*. Tambem poderá ser regulada pela lei nacional dos esposos quando o contracto de casamento seja celebrado na respectiva legação ou consulado nos termos da legislação do estado respectivo.

Em geral, são no sentido indicado as disposições do codigo civil portuguez. Quanto á capacidade, não pode haver duvida, pois a essa manda applicar sempre a lei nacional. Se a nacionalidade é differente, porque a mulher adquire pelo casamento

a nacionalidade do marido, é legítima em face do código a doutrina acima estabelecida. A forma do contracto é a do logar da celebração (artt. 24.º e 1106.º). É, porém, de notar que as convenções antenupciaes, estipuladas em país estrangeiro entre súbditos portugueses, podem ser redigidas pela forma *authentica* estabelecida nesse país ou perante os agentes consulares portugueses e segundo a lei portuguesa (art. 1106.º). Faz assim o código uma excepção ao principio *locus regit actum*, exigindo a forma *authentica* para a validade das convenções antenupciaes. As condições de authenticidade são, porém, as determinadas pela lei do logar da celebração do contracto. O regimen de bens ha de determinar se pelos termos do contracto, pois que a lei estabelece a liberdade de convenção antenupcial (art. 1096.º), que é tanto para nacionaes como para os estrangeiros (art. 26.º). Se o contracto é obscuro ou incompleto, applica-se a lei nacional do marido, como claramente se infere do art. 1107.º, que manda applicar essa lei quando não haja regimen estipulado.

2.ª) Quando os esposos casem sem escriptura antenupcial, o regimen de bens deve ser indicado pela lei nacional do marido. É a doutrina que mais se harmoniza com a lei organica da familia. É tambem esse o principio seguido pela nossa lei (art. 1107.º). Se um ou ambos os conjuges mudam de nacionalidade, não tem esse facto influencia alguma, como justamente resolveu a convenção da Haya (art. 2.º), já que esse regimen deve considerar-se definitivamente estabelecido com a celebração do casamento.

295. c) *Relações entre paes e filhos.* O casamento determina como consequencia normal a filiação legítima, importando, porisso, determinar a lei reguladora do estado de filho legítimo e das relações dos paes com os filhos.

A lei, segundo a qual deve apreciar-se a filiação legítima, é

a lei pessoal, como uma lei de estado, e portanto, em geral a lei nacional do pae, pois que o filho tem por via de regra a mesma nacionalidade que o pae. Se, porém, o pae e o filho tiverem nacionalidade differente, a lei determinadora da filiação legitima deve ser a lei nacional do filho, porisso que é o filho o mais interessado em que seja reconhecida a sua legitimidade, é a sua lei pessoal a de effeito social mais util e portanto aquella que deve prevalecer.

Ao lado da filiação legitima, provinda do casamento, apparece a *filiação natural*, a que as leis em geral tambem dão effeitos juridicos e dahi nasce a necessidade de verificar qual a lei reguladora desses effeitos. Para dar effeitos á filiação natural crearam as legislações os institutos da *legitimação* e da *perfilhação*, sendo, portanto, neste assumpto, a questão fundamental a da determinação da lei que ha de regular os dois institutos. Qualquer delles se destina a reconhecer relações de familia e porisso ambos devem ser regulados pela lei pessoal das partes. Portanto, se paes e filhos têm a mesma nacionalidade, é a sua lei pessoal commum que determina a capacidade para legitimar ou reconhecer, bem como a aptidão para ser legitimado ou reconhecido. Se a nacionalidade é differente, a lei pessoal do pae e do filho determinarão respectivamente a capacidade para legitimar ou reconhecer ou para ser legitimado ou reconhecido, tornando-se necessaria a convergencia das duas leis para determinar a validade da legitimação ou da perfilhação. Mas, para a legitimação ou a perfilhadão ser possivel, ainda se torna necessario que a lei pessoal não vá de encontro ás leis de ordem publica do estado local. Assim, os filhos adulterinos ou incestuosos não poderão ser legitimados ou perfilhados nos países em que a sua legitimação ou perfilhação é defesa, embora a lei pessoal respectiva permitta tal legitimação ou perfilhação.

Das relações de filiação deriva o patrio poder ou conjuncto

de direitos e obrigações dos paes em relação á pessoa e aos bens dos filhos, o qual, como manifestação do direito de familia deve ser regulado pela mesma lei pessoal reguladora da familia, em geral a lei nacional do pae. Se, porém, os paes e o filho tiverem nacionalidade differente, a natureza, extensão e duração do patrio poder serão reguladas pela lei pessoal do filho, visto a instituição do patrio poder ser organizada por toda a parte no interesse dos filhos para o effeito de prover ás necessidades da sua educação physica e moral. A lei organizadora do patrio poder é uma lei de protecção do filho e portanto é a lei nacional deste a mais adequada para resolver os conflictos que levante o exercicio daquelle poder. Mas, no exercicio da sua função educadora, tem o pae a sua acção limitada pelas exigencias da ordem publica do estado local. Assim o pae não poderá infligir aos filhos castigos que não sejam consentidos pelo direito daquelle estado.

296. *d) Divorcio e separação.* Podem apparecer no seio da familia razões fortes de incompatibilidade entre os conjuges que tornem impossivel a continuação da vida em commum e porisso estabeleceram as legislações os remedios da *separação* e do *divorcio*, a primeira como meio de suspender a communitate matrimonial e o segundo destinado a romper o vinculo mesmo do casamento. Cumpre, pois, averiguar qual a lei reguladora — 1.º) do *direito de separação* ou *de divorcio*, 2.º) dos casos em que podem ter logar e 3.º) dos effeitos que produzem.

1.º) A separação é uma modificação no estado das pessoas e o divorcio constitue uma mudança de estado, e, porisso, o direito de pedir a separação, bem como o direito de pedir o divorcio, deve ser determinado pela lei nacional dos conjuges, que é a lei reguladora do estado e da capacidade e da organização da familia, com a qual as duas instituições andam inti-

Chenet, 1907, 373;

mamente relacionados. Mas o facto de a lei nacional conceder o direito de separação ou de divorcio não é bastante para que um estrangeiro possa propor em juizo uma acção de divorcio ou de separação em qualquer estado; é necessario ainda que a separação ou o divorcio sejam permittidos no estado local, aliás os tribunaes deste estado não poderão discutir e julgar questões desta natureza. Compreende-se que, perante os tribunaes dum país, se não possam intentar acções para um effeito considerado pelas leis locais como contrario ás exigencias da moral publica. Este o motivo por que o art. 1.º da convenção da Haya de 1902 relativa ao divorcio e á separação de pessoas dispõe que «os esposos só podem formular um pedido de divorcio ou de separação de pessoas, se a sua lei nacional e a lei do país onde o pedido é formulado admittem o divorcio ou a separação de pessoas».

2.º) A determinação das causas de separação e de divorcio, porque se trata de causas de modificação ou de mudança de estado, tambem é da competencia da lei nacional dos esposos. Mas, desde que a separação ou o divorcio sejam admittidos no estado local, poderá um estrangeiro pedir uma ou o outro por qualquer das causas estabelecidas na lei nacional, ou será preciso que uma mesma causa seja reconhecida pela lei nacional e pela lei local para que a acção possa ser posta em juizo, ou bastará que se dê uma das causas da lei local, embora não reconhecida pela lei nacional? Parece mais logico o systema da concordancia das duas leis, pois respeita a lei nacional, como lei de capacidade, e respeita a lei local, como lei de ordem publica. Comtudo a convenção da Haya, admittindo o systema em principio, pois dispõe (art. 2.º) — «o divorcio só pode ser pedido se, no caso de que se trata, é admittido ao mesmo tempo pela lei nacional dos esposas e pela lei do logar onde o pedido é formulado», introduzindo lhe a modificação constante destas palavras que seguem as já transcriptas — «ainda

que seja por causas diferentes», o que, segundo o relatório da comissão respectiva da conferência de 1900¹, significa que quando um dos esposos tenha uma causa de separação segundo a sua lei nacional e outra segundo a lei local, ainda que essas causas sejam diferentes, pode propôr a acção de divórcio e igualmente a acção de separação. A convenção quis attender a uma especie de *convergencia divergente* da lei local e da lei nacional para favorecer o divórcio ou a separação. Embora habil, o expediente da convenção não deixa de attentar contra a lei nacional ou contra a lei local.

3.º) Os effeitos da separação de pessoas ou do divórcio são ainda determinados pela lei pessoal, por virtude da sua relação com a mudança operada no estado e na capacidade dos esposos. O mais importante effeito do divórcio é restituir aos esposos a sua liberdade e permittir-lhes contrair um novo casamento, donde deriva a questão de saber se individuos validamente divorciados no seu país em harmonia com a sua lei pessoal podem contrair um novo casamento, durante a vida do seu primeiro conjuge, num país onde o divórcio não seja permittido. Esta questão, embora ainda muito discutida pelos escriptores, é hoje geralmente resolvida no sentido affirmativo, e com razão, pois que o estado local, permittindo o casamento a estrangeiros legitimamente divorciados no seu país, apenas dá cumprimento ao principio geral de que o estado e a capacidade das pessoas são determinados pela lei pessoal.

A lei portugueza apenas admite a separação de pessoas, e quanto a esta instituição deverão ser admittidos os principios que deixamos expostos. Poderá um estrangeiro pedir a separação aos tribunaes portuguezes, quando tenha o direito de o fazer segundo a sua lei nacional e por alguma das causas pre-

¹ *Actas da conferencia de 1900*, pag. 208.

vistas nessa lei e na lei portuguesa, e, quando a convenção da Haya for ratificada, ainda nos termos do art. 2.º dessa convenção. Não poderá um estrangeiro intentar perante um tribunal português uma acção de divorcio, mas poderá o estrangeiro legitimamente divorciado no seu país celebrar novo casamento em Portugal, sem que a isso obstem motivos de ordem publica.

Alem das disposições já citadas, a convenção da Haya sobre divorcio e separação de pessoas formulou outros preceitos que importa conhecer, não só porque esses preceitos serão lei nas relações de Portugal com os estados que já ratificaram ou vierem a ratificar a convenção, mas ainda porque elles poderão tornar-se extensivos aos subditos de estados não contractantes. Taes preceitos são os seguintes :

1.º) Na determinação da capacidade para pedir o divorcio ou a separação de pessoas e na fixação das causas em que pode ser fundado o pedido será applicada sómente a lei nacional dos interessados, se assim o prescrever ou permittir a lei do logar onde a acção for intentada.

2.º) A lei nacional indicada pelos artigos da convenção não poderá ser invocada para dar o character de causa de divorcio ou de separação de pessoas a um facto occorrido quando ambos os conjuges, ou algum delles, pertenciam a outra nacionalidade.

3.º) Se os conjuges não tiverem a mesma nacionalidade, deverá a sua ultima legislação commum ser considerada como sua lei nacional para a applicação dos artigos da convenção.

4.º) A acção de divorcio ou separação de pessoas poderá ser intentada : — 1.º) perante a jurisdicção competente em conformidade da lei nacional dos conjuges ; 2.º) perante a jurisdicção competente do logar onde os conjuges estiverem domiciliados. Se, segundo a sua legislação nacional, os conjuges não tiverem o mesmo domicilio, a jurisdicção competente será

a do domicilio do reu. Nos casos de abandono ou de mudança de domicilio depois de se haver dado a causa de divorcio ou de separação de pessoas, poderá a acção tambem ser intentada perante a jurisdicção competente do ultimo domicilio commum. Fica todavia reservada a jurisdicção nacional na medida em que esta jurisdicção for a unica competente para a acção de divorcio ou de separação de pessoas¹. A jurisdicção estrangeira subsiste competente para um casamento que não puder dar logar a um pedido de divorcio ou de separação de pessoas perante a jurisdicção nacional competente. Este caso de impossibilidade de pedir o divorcio ou a separação de pessoas perante a jurisdicção nacional competente pode dar-se quando, nos termos já conhecidos da convenção sobre o casamento (art. 3.^o), um estado permittir a celebração e reconhecer a validade do casamento de estrangeiros que, segundo a sua lei nacional, não possam casar por motivos de ordem religiosa, pois que, em semelhante caso, no estado de origem o casamento será considerado nullo e porisso se não reconhecerá a legitimidade do divorcio ou da separação de pessoas para ser possivel a competente acção. Com a disposição indicada procurou a convenção garantir a um tal casamento os meios de extinguir ou suspender a communitate matrimonial.

5.^o) No caso de os conjuges não estarem auctorizados a intentar a acção de divorcio ou de separação de pessoas no país onde estiverem domiciliados, poderão, comtudo, tanto um como o outro, dirigir-se á jurisdicção competente desse país

¹ As legislações de certos estados recusam ás auctoridades estrangeiras competencia para conhecer das acções de divorcio ou separação relativas aos seus nacionaes, como são, por exemplo, as legislações húngara, hespanhola, norueguesa, sueca e dinamarquesa. Com a regra indicada no texto quis a convenção respeitar as disposições respectivas dessas leis.

para solicitar as providências provisórias que a sua legislação admitir na previsão de cessar a vida em *commum*. Estas providências serão mantidas, se, no prazo dum anno, forem confirmadas pela jurisdição nacional, não podendo, porém, prolongar-se por mais tempo do que o permitido pela lei do domicilio.

6.º) O divorcio e a separação de pessoas, julgados por um tribunal competente nos termos estabelecidos, serão reconhecidos em toda a parte, sob a condição de se haverem observado as clausulas da convenção e de, no caso de a decisão ter sido proferida á revelia, o reu haver sido citado em conformidade das disposições especiaes da sua lei nacional para o reconhecimento dos julgados estrangeiros. Serão reconhecidos igualmente em toda a parte o divorcio e a separação de pessoas julgados por uma jurisdição administrativa, se a lei de cada um dos conjuges (como a legislação sueca) reconhecer esse divorcio e essa separação ¹.

297. e) Tutela e curatela. Para supprir certas incapacidades crearam as legislações as instituições pupillares ou quasi pupillares da tutela e da curatela destinadas a reger a pessoa e administrar os bens ou simplesmente a administrar os bens dos incapazes. As incapacidades são naturalmente reguladas pela lei pessoal do incapaz, como lei competente para regular o estado e capacidade dos individuos. Mas esta competencia mantem-se ainda para regular a constituição e o exercicio da tutela e da curatela, que são instituições de protecção pessoal e portanto recadem sob a alçada da lei competente para organizar essa protecção. Se o tutor ou curador e o tutelado ou

¹ Conf. cod. civ. port., art. 1206.º, e cod. do proc. civ., artt. 20.º n.º 4.º e 477.º

curatelado têm a mesma nacionalidade, será lei competente a lei pessoal *commun*. Mas, se a nacionalidade for diferente, será competente a lei pessoal do tutelado ou do curatelado, pois é o seu interesse que procura acautelar-se com algumas daquellas instituições, as quaes, porisso, devem organizar-se e funcionar em harmonia com a lei competente para prover á sua protecção pessoal.

Esta doutrina foi consagrada pelo Instituto na sessão de Hamburgo de 1891, no seu projecto de regulamento internacional da tutela de menores estrangeiros, em cujo art. 1.º se lê — «a tutela dos menores é regida pela sua lei nacional» e «esta lei determina a abertura e o fim na tutela, o seu modo de deferimento, de organização e de fiscalização, as attribuições e a competencia do tutor», bem como na sessão de Cambridge de 1895 relativamente á tutela de maiores, cuja organização foi subordinada a este principio geral — «a interdicção dos maiores é regida pela sua lei nacional»¹. Pelo mesmo caminho seguiram — a terceira convenção da Haya de 1902, que não só sancionou o principio geral de que a tutela do menor é regulada pela sua lei nacional, mas determinou que, no caso de a tutela se estabelecer e exercer em harmonia com a lei do país de residencia habitual do menor por não poder ser organizada em harmonia com a lei nacional, sejam por esta lei determinadas as epochas de abertura e fim da tutela, bem como as suas causas determinantes — e a convenção tambem da Haya de 17 de julho de 1905 sobre interdicção e medidas de protecção analogas, que submetteu, em geral, a regulamentação internacional destes institutos á lei nacional dos interessados.

Systema differente é seguido na Inglaterra e nos Estados

¹ *Tableau générale*, pag. 44; *Annuaire*, vol. xiv, pag. 163.

Unidos, onde prevalece o principio da competencia da lei da situação dos bens. Semelhante systema, theoreticamente insustentavel, tem o inconveniente de conduzir á pluralidade de tutelas e porventura de tutores e prejudicar a administração do patrimonio do incapaz.

O systema a seguir em face da nossa lei é por certo o da nacionalidade, já que a tutela e a curatela são uma consequencia do estado das pessoas e se organizam em beneficio dos incapazes.

É de notar, porém, que os tutores ou curadores, embora tenham os direitos determinados pela lei pessoal do incapaz, exercerão esses direitos pela forma estabelecida na lei do lugar onde praticarem os respectivos actos.

298. f) *Alimentos*. O direito de pedir alimentos e a obrigação de os prestar derivam em geral das relações de familia e existem entre marido e mulher ou dentro de determinados graus de parentesco ¹. Quando, pois, a *divida alimenticia* tenha uma origem familiar, deve ser a lei reguladora da familia, ou mais precisamente, a lei nacional dos interessados a lei competente para determinar a obrigação de prestar alimentos e o direito de os pedir. Comtudo, ao reconhecer e garantir o direito a alimentos, tem o legislador em vista sancionar um principio de moral necessario á boa organização social, e porisso a applicação da lei estrangeira para regulamentar a divida alimenticia deve ser modificada pelos interesses de ordem publica do estado local. Assim, se a lei estrangeira é mais liberal que a lei local concedendo alimentos a parentes a que esta os nega, applicar-se-á a lei estrangeira como lei de protecção pessoal e reconhecer-se-á a divida alimenticia ainda em favor

¹ Cod. civil portuguez, artt. 171.º e segg. c 1231.º

daquelles a quem a lei local os recusa. Mas, se a lei estrangeira é mais restrictiva que a lei local, applicar-se-á esta lei como lei de ordem publica e dar-se-ão alimentos aos que os não têm segundo a sua lei nacional.

Quando os interessados tenham differente nacionalidade e deva ter logar a applicação da lei estrangeira, deverá applicar-se a lei nacional do *devedor* dos alimentos, isto é, só deve obrigar-se um individuo a prestar alimentos quando a sua lei nacional lhe imponha tal dever. Applicar a lei do *credor*, poderia conduzir a impôr ao individuo uma obrigação derivada duma lei a que elle não está sujeito.

DIVISÃO IV

Doações, successões e ausencia

SUMMARY : — 299. Applicação da lei pessoal ao regimen juridico das doações *inter vivos*. — 300. Tendencias geraes da evolução do direito internacional successorio. — 301. Regimen juridico internacional das successões segundo o direito portuguez. — 302. O instituto da ausencia nas relações internacionaes.

299. As doações entre vivos são contractos, mas de natureza tão especial, que, em vez de dominadas pelo principio da autonomia da vontade, que constitue a regra fundamental no direito internacional convencional, devem ser reguladas, no que têm realmente de caracteristico, pela lei pessoal do doador. As doações, com effeito, porque têm como resultado despojar o doador do seu patrimonio sem alguma compensação e portanto prejudicar os direitos eventuaes dos seus herdeiros legitimos, merecem especial attenção ao legisladores no sentido de evitar as liberalidades excessivas ou prejudiciaes. As disposições sobre doações revestem assim o caracter de dispo-

sições de protecção individual e, portanto, devem ser de applicação permanente e extrritorial. É o que vamos verificar relativamente á capacidade dos doadores e donatarios, aos dois principios de *actualidade* e de *irrevogabilidade* que dominam o instituto, e ás causas de revogação, excepções apparentes do segundo principio.

A capacidade para doar ou receber por doação deve ser regulada pela lei pessoal. É a applicação do principio geral da lei reguladora da capacidade. Porisso, se o doador e donatario têm a mesma lei pessoal, é essa a lei applicavel. Mas se a nacionalidade é diferente? Quanto ao doador, não pode haver duvida, é a sua lei pessoal. Quanto ao donatario, comprehende se bem que o grau da sua capacidade para receber liberalidades não é determinado pelo seu interesse, pois que esse interesse consistiria em dar-lhe a maior capacidade, mas no interesse do doador, e porisso ainda a capacidade do donatario deve determinar-se pela lei pessoal do doador, excepto nos casos em que seja estabelecida a incapacidade do donatario simplesmente no seu interesse, como a estabelecida no art. 1478.º do codigo civil, onde se diz que as pessoas que não podem contractar não podem acceitar, sem auctorização das pessoas a que pertence concedê-la, doações condicionaes ou onerosas.

Passando da capacidade ás regras fundamentaes da instituição, deparamos com o principio da *actualidade*, que consiste em a doação não poder abranger bens futuros (cod. civ., artt. 1452.º e 1453.º). Semelhante principio tende evidentemente a limitar a liberalidade dos doadores em proveito seu e dos seus herdeiros, é um principio de protecção individual, sendo, portanto, pela lei pessoal do doador que tem de determinar-se a sua extensão e alcance.

Outro principio é o da *irrevogabilidade*. Está traduzido no art. 1456.º do codigo civil nestes termos: «As doações que

tiverem de produzir os seus effeitos entre vivos são *irrevogáveis* desde que forem acceitas, excepto nos casos declarados na lei». Ainda este principio é destinado a evitar as liberalidades excessivas, a obrigar o doador a proceder reflectidamente, a garanti-lo contra as fraudes e attentados dos donatarios, em summa, a protegê-lo na disposição dos seus bens, além de fixar a sua capacidade quanto ao character das doações que pode fazer. É, porisso, uma disposição que naturalmente se integra na lei pessoal.

A analyse das causas de revogação das doações, as quaes completam a theoria do instituto, conduz ao mesmo resultado. Appreciemos essas causas no codigo civil portuguez. Indica-se o art. 1482.^o e são—a superveniencia de filhos legitimos, a ingratião do donatario e a inofficiosidade. Todas estabelecidas em beneficio do doador ou dos seus herdeiros legitimarios. A primeira é fundada na legitima presumpção de que o doador não disporia dos seus bens se previsse a superveniencia de filhos; a segunda é a justa punição do donatario que se revela indigno do beneficio recebido, commettendo crimes contra o doador, accusando-o judicialmente quando a sua accusação era dispensavel, ou não soccorrendo na pobreza o seu bemfeitor; a terceira tende a salvaguardar a integridade das legitimas. Nunca, diremos com PILLET, a ideia de protecção foi mais apparente, nunca a competencia da lei pessoal do doador mais certa e mais solida.

Consequentemente, a disciplina juridica das doações, tanto na determinação da capacidade como nos principios fundamentaes da instituição, entra no dominio da lei pessoal. Áparte, porisso, as clausulas meramente convencionaes, que deverão interpretar se segundo a intenção das partes, áparte a fórmula externa da doação, que será regulada pela lei do logar da celebração, e áparte o que possa respeitar ao regimen territorial da propriedade quanto aos direitos a exercer sobre os bens

doados, pode dizer-se que, em geral, a lei reguladora das doações é a lei pessoal do doador.

300. A evolução do direito internacional successorio tem obedecido a quatro tendencias fundamentaes, a tendencia para equiparar nacionaes e estrangeiros no goso do direito de transmittir e adquirir por meio de successão, a tendencia para regular por uma lei unica a transmissão integral dos bens da herança, quer esses bens sejam moveis, quer sejam immoveis, e seja qual fôr o país da sua situação, a tendencia para applicar a mesma lei á regulamentação internacional da successão legitima e da successão testamentaria, e a tendencia para tornar competente a lei pessoal como lei reguladora das successões.

A primeira tendencia, que é referente á condição dos estrangeiros, teve como effeito eliminar o *direito de albinagio*, direito de character feudal e que consistia em os senhores ou os reis succederem aos estrangeiros, e o *direito de detracção*, resto do direito de albinagio, pelo qual os reis se reservavam uma percentagem dos bens deixados por estrangeiros. Destes direitos, raros vestígios se encontram nas legislações modernas, as quaes, em geral, collocam os nacionaes e os estrangeiros num plano de completa egualdade. No numero das legislações mais liberaes para com os estrangeiros entra a legislação portuguesa, a qual em nada restringe a capacidade de os estrangeiros transmittirem ou receberem por meio de successão.

A segunda tendencia começou a manifestar-se com a doutrina dos estatutos. No movimento de reacção contra o principio da territorialidade, os juriconsultos estatutarios distinguiram entre bens immoveis e bens moveis, e submeteram os primeiros á lei successoria do país da situação e os segundos á lei pessoal do proprietario, isto é, á lei do seu domicilio, pelo principio — *mobilia personae ossibus inhaerent*. A maioria dos

estatutarios justificava a applicação da lei do domicilio pela ficção de que, não tendo os moveis um assento fixo, se devem considerar situados no logar do domicilio do proprietario, mas alguns, como D'ARGENTRÉ, já faziam entrar a disciplina da successão mobiliaria directamente no estatuto pessoal. Era o primeiro elemento de unidade na lei reguladora das successões. Qualquer que fosse a situação dos moveis, regulava a lei do domicilio do proprietario. Mas a tendencia havia de pronunciar-se, e de facto se pronunciou, com o apparecimento de circumstancias que vieram facilitar a applicação da lei pessoal á successão immobiliaria, como foi o desvanecimento do conceito feudal da fusão da soberania com a propriedade da terra e concomitantemente o reconhecimento do principio de que os direitos do estado ficavam assegurados desde que por elle fosse organizado o regimen da propriedade e fossem determinados os direitos que sobre ella pudessem ser exercidos pelos proprietarios, pois que então se formaria facilmente a ideia de que o regimen da successão poderia ser regulado por uma lei differente da lei territorial, desde que o regimen da propriedade e o systema territorial dos direitos *reales* fossem respeitados. Esta evolução conceitual seria ainda favorecida pela consideração da necessidade de introduzir unidade e uniformidade na transmissão hereditaria dos bens do individuo, considerando-os como uma universalidade patrimonial regulada por uma só lei successoria. O resultado foi que os escriptores defenderam progressivamente o systema da unidade, e do mesmo systema se foram approximando as legislações. O codigo civil italiano, inspirado pela escola de MANCINI, sancionou sem hesitação aquelle systema ¹, pelo mesmo caminho seguiu

¹ Titulo preliminar, art. 8.º

o código civil hespanhol ¹, egual doutrina estabeleceu o código civil allemão ², doutrina identicamente consagrada pela segunda convenção da Haya de 17 de julho de 1905. O motivo determinante de todo o movimento unificador tem sido a consideração de que o patrimonio do individuo, apesar da variedade dos seus elementos, forma um todo, uma *universitas*, que deve ser regulada por uma lei unica na sua transmissão hereditaria.

A terceira tendencia tem consagração legislativa ou jurisprudencial quasi universal. A successão testamentaria e a successão legitima são submettidas quasi por toda parte á mesma lei na sua regulamentação internacional. A razão da coincidência das legislações na regulamentação da successão testamentaria e legitima encontra-se na natureza intima das duas formas de successão. A successão legitima pode desdobrar-se em dois elementos fundamentaes — *successão legitimaria*, constituida pela transmissão *forçada* de certa parte da herança para herdeiros determinados na lei, como descendentes ou ascendentes, e *simplex successão legitima*, a deferida pela lei, na falta de herdeiros legitimarios e na falta de testamento, a certos herdeiros pela mesma lei determinados. A successão testamentaria pode abranger a totalidade da herança só quando não haja herdeiros legitimarios, aliás só compreenderá a *quota disponivel*, que é a parte que pode deixar de passar para aquelles herdeiros. De modo que, por um lado, a quota testamentaria maxima é equivalente á quota que pode ser transmittida por simples successão legitima, e, por outro, a successão legitima é como que subsidiaria da testamentaria, pelo que alguém disse que uma tal forma de successão era o *testamento tacito* do auctor da herança, já que a lei não faz mais do que

¹ Art. 10.º

² Lei de introdução, artt. 24.º e 25.º

determinar presumptivamente as pessoas para quem o *de cuius* quisera que passassem os seus bens. Ora, sendo assim, porque a successão legitima é subsidiaria da testamentaria e subsidiaria no sentido de attribuir os bens a quem se presume que o auctor da herança quisera que fosse seu successor, deve evidentemente ser a mesma a lei reguladora das duas formas de successão. Mas deveria ainda ser a mesma a lei reguladora da successão testamentaria e da successão legitima? A resposta derivará da apreciação das razões determinantes da ultima tendencia do direito internacional successorio.

A tendencia para submeter a successão mobiliaria e a imobiliaria a uma lei unica é completada pela tendencia para dar competencia á lei pessoal do auctor da herança e portanto á sua lei nacional. Assim, os codigos italiano, hespanhol e allemão e a convenção da Haya, ao mesmo tempo que sancionaram o regimen da unidade, sancionaram tambem o systema da nacionalidade.

Varias razões tẽem determinado a nova tendencia da doutrina e das legislações, segundo a diversa orientação dos escriptores e dos legisladores. Assim, uns võem na successão um *prolongamento* da personalidade e do poder do seu auctor, o que exige que seja a lei pessoal deste que presida á distribuição dos seus bens, ao passo que outros derivam o systema da personalidade da natureza mesma do direito successorio. Os do segundo grupo attendem naturalmente ás tres modalidades da successão segundo a ordem logica por que ellas apparecem nas legislações dos povos — successão *legitima*, successão *testamentaria* e successão *legitima*. Na successão legitima passam os bens *necessariamente* para certos membros da *familia*. Semelhante successão é porisso claramente uma dependencia do direito de familia e como tal deve ser regulada pela lei pessoal do *de cuius*, que é a sua lei de familia. Na successão testamentaria é a vontade do testador tal como elle a deixou expressa no testa-

mento que preside á distribuição dos seus bens e porisso essa vontade deve cumprir-se até onde forem expressas as suas determinações. Mas segundo que lei deverá ser interpretado e apreciado o testamento? Se o testador, ao mesmo tempo que faz as suas disposições, indica a lei segundo a qual deve ser interpretado o seu testamento, ainda então se respeita a autonomia da vontade, recorrendo-se a essa lei para apreciar o acto testamentario. Comtudo, se indicação não ha, deverá recorrer-se á sua lei pessoal, segundo a qual deve presumir-se que elle quis que fofsse intendido e cumprido o seu testamento. A successão legitima é, por um lado, subsidiaria da testamentaria, e, por outro, determinada fundamentalmente pelas relações de familia, e porisso, sob um ou sob outro aspecto, recae naturalmente sob a alçada da lei pessoal do auctor da herança.

301. O codigo civil portugûes, apesar de não conter disposições relativas á lei reguladora das successões, pode e deve interpretar-se no sentido de ter consagrado as quatro tendencias dominantes do direito internacional successorio. A primeira tendencia é claramente consagrada pelo art. 26.º. Portugueses e estrangeiros são equiparados perante o goso de direitos civis e portanto perante o direito de adquirir e transmittir por successão.

A tendencia para regular por uma lei unica a successão mobiliaria e immobiliaria tambem parece ter sido legitimada pelo codigo civil. Em primeiro logar, não estabelece a lei differenças entre a transmissão hereditaria dos immoveis e dos moveis e porisso é logico que uma mesma lei regule essa transmissão. Depois, como veremos, é igual perante o codigo a lei reguladora dos moveis e dos immoveis, egualdade que deve manter-se na sua transmissão por successão. Não obsta o disposto no art. 24.º enquanto fala apenas de propriedade immo-

biliaria e porisso parece dar a entender que o código trata de modo differente a propriedade immobiliaria e a propriedade mobiliaria nas relações internacionaes, pois mostraremos que o regimen é o mesmo para as duas fórmas de propriedade.

Mas qual será essa lei unica que deve regular a successão tanto mobiliaria como immobiliaria? Ainda mais uma vez o código parece ter obedecido ás tendencias geraes do direito internacional successorio, legitimando a competencia da lei pessoal na sua fórma de lei nacional. Quanto á successão legitima, que é uma dependencia do direito de familia, é logico regulá-la pela mesma lei que regula a familia e portanto segundo a lei pessoal, que, á face do código, é a lei nacional. Quanto á successão testamentaria, porisso que a lei reconhece semelhante forma de successão, deve reconhecer tambem o principio da autonomia da vontade na determinação do conteúdo e effeitos do testamento. E para a apreciação e interpretação do mesmo testamento, deve admittir-se a applicação da lei nacional do testador, a nosso ver, por dois motivos. Em primeiro lugar, é essa a lei mais familiar ao testador e aquella segundo a qual deve presumir-se que elle tenha testado. Depois, havendo, no fundo, como ha, uma indubitavel semelhança entre o acto juridico em que se determina o regimen de bens no casamento e o acto testamentario, as mesmas razões que legitimam a interpretação do contracto de casamento segundo a lei nacional do marido auctorizam a interpretar o testamento segundo a lei nacional do testador ¹. A successão legitima substitue o testamento e funda-se em geral nas relações de familia e portanto tambem deve ser regulada pela lei nacional do auctor da herança.

¹ Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pag. 117.

Do que deixamos dicto, resulta que o código também consagrou a tendência relativa á unidade de lei reguladora da successão legitima e da successão testamentaria naquillo em que esta não possa ser regulada pelas determinações da vontade do testador. Podemos, pois, concluir que, em face do nosso código civil, se pode seguir a doutrina estabelecida nos artt. 8.º do código italiano e 10.º do código hespanhol, cujos termos são: «as successões legitimas e testamentarias, seja quanto á ordem da successão, seja ácerca da medida dos direitos successorios e da validade intrinseca das disposições, são reguladas pela lei pessoal da pessoa de cuja herança se trata, seja qual for a natureza dos bens e seja qual for a situação dos mesmos bens». Isto, bem entendido, com a natural restrição no que respeita á applicação do principio da autonomia da vontade á successão testamentaria.

Para terminar estas ligeiras considerações acerca da lei reguladora das successões, diremos algumas palavras relativamente á capacidade para ser testador bem como para ser herdeiro testamentario ou legitimo, e ainda a respeito da forma externa do testamento.

A capacidade de testar é naturalmente regulada pela lei pessoal do testador, e, se este muda de nacionalidade depois de feito o testamento, exige-se a capacidade tanto segundo a sua lei nacional ao tempo acto testamentario como ao tempo da morte. A capacidade de ser herdeiro é regulada também pela sua lei nacional. Todavia, as incapacidades estabelecidas para certas pessoas com o fim de proteger o auctor da herança devem ser reguladas pela lei nacional deste, como a competente para organizar a sua protecção pessoal. A applicação da lei nacional na determinação da capacidade testamentaria ou successoria tem como natural limitação as exigencias de interesse e ordem publica do estado local.

A forma externa do testamento é regulada pelo principio—

locus regit actum ¹. Em geral, o testamento deve julgar-se valido quanto á iórma, desde que seja feito em harmonia com a lei do logar da celebração. Este principio pode, porém, soffrer duas modificações, uma restrictiva e outra ampliativa. A modificação restrictiva pode vir de a lei nacional do testador determinar a fórma testamentaria *estrangeira* por que elle poderá dispôr nos outros países para que o testamento produza effeitos legaes no país da sua nacionalidade. É o que faz, por exemplo, o nosso codigo civil, que, tendo reconhecido no art. 24.º o principio *locus regit actum*, preceitua no art. 1961.º que — «os testamentos feitos por portuguezes em país estrangeiro produzirão os seus effeitos legaes no reino, sendo formulados *authentically* em conformidade da lei do país onde forem celebrados». A lei portuguesa só reconhece effeitos ao testamento de portuguez feito em país estrangeiro quando celebrado pela forma *authentica* estabelecida pela lei dessa país, embora as condições e requisitos de *authenticidade* devam, como é natural, ser determinados por essa lei. Os testamentos assim não celebrados, poderão ter effeitos nos demais países, mas não os podem ter em Portugal. Semelhante restricção é, todavia, pouco accetivel, pois pode pôr um cidadão portuguez na impossibilidade de fazer testamento num país onde não seja reconhecida uma fórma testamentaria *authentica*, e até está em desharmonia com o art. 1965.º, que dá effeitos ao testamento de estrangeiro feito em país estrangeiro, ainda relativamente aos bens sitos no reino, contanto que se observem no testamento as disposições da legislação do país onde for feito, sem distinguir entre forma testamentaria *authentica* ou não *authentica*.

A modificação ampliativa deriva de se permittir aos es-

¹ Sr. dr. J. J. TAVARES, *Successões*, Coimbra, 1904, pagg. 685 e segg.

trangeiros fazer testamento segundo as leis do seu país na legação ou nos consulados desse país. Com effeito, as legislações dão em geral aos consules, e por vezes aos agentes diplomaticos, competencia para fazer e approvar testamentos dos nacionaes, competencia sancionada pelos costumes internacionaes e pelas convenções consulares. Ainda o codigo civil portuguez reconhece a nova modificação do principio *locus regit actum* na sua applicação ás formulas testamentarias, pois se lê no art. 1962.º: «os consules e vice-consules portuguezes poderão servir de tabeliães na celebração e approvação dos testamentos de subditos portuguezes, contanto que se conformem com a lei portuguesa, excepto no que diz respeito á nacionalidade das testemuhas, que poderão, neste caso, ser estrangeiras». Este principio encontra-se regulamentado no Reg. consular, artt. 91.º e 101.º, e tem sido consagrado em differentes tratados e convenções concluidos entre Portugal e os outros estados, como, por exemplo, na convenção consular com a França, de 1866, art. 7.º, e no tratado de commercio com o Japão, de 1897, art. 15.º. E o reconhecimento dos testamentos *diplomaticos* e *consulares* entrou tanto nos usos geraes, que a convenção da Haya de 1905 dispôs: «Os testamentos são validos, quanto á forma, se satisfizerem ás prescripções ou da lei do logar da celebração ou da lei do país a que pertence o diponente ao tempo da disposição. São validos quanto á forma os testamentos dos estrangeiros se forem recebidos, em harmonia com a sua lei nacional, pelos agentes diplomaticos ou consulares da sua nação». Os testamentos diplomaticos e consulares produzirão effeitos no país a que pertencer a legação ou consulado, produzi-los-ão no estado local quando uma convenção reconheça a competencia testamentaria consular e, na falta de convenção, quando aquella competencia não seja expressa ou tacitamente desconhecida, pois, dado o reconhecimento geral da instituição consular e dada a existencia do *exequatur*, desde que este seja concedido,

deve entender-se que o consul fica habilitado a exercer todas as suas funções, a não ser que a isso se opponham as leis ou os costumes locais, e devem produzi-los em terceiros estados, pois que a estes se impõe logicamente a legitimidade dum testamento considerado valido tanto pela lei nacional do testador como pelas leis do lugar da celebração.

302. É a *ausencia* caracterizada juridicamente pela incerteza acerca da vida duma pessoa, incerteza que augmenta á medida que a ausencia se prolonga e que acaba por uma verdadeira presumpção de morte, e são as providencias legais tendentes a organizar e garantir a administração dos bens do ausente destinadas a proteger os interesses do mesmo ausente, o qual se encontra no *estado* especial de maior ou menor presumpção de não existencia e de separação, em lugar desconhecido, do seu patrimonio, e a acautelar os direitos dos seus *presumidos herdeiros*, a quem os seus bens são entregues quando a presumpção de morte se considera superior á presumpção de vida, e porisso é esta a oportunidade de estabelecermos o regimen internacional do instituto juridico da ausencia, visto já termos definido principios acerca da lei reguladora do estado das pessoas e da lei reguladora das successões.

Aquelle regimen abrange naturalmente tres questões: competencia do tribunal para declarar a ausencia, prazos e condições da declaração, e effeitos desta declaração.

O tribunal competente para declarar a ausencia deve ser o tribunal do domicilio do ausente, ou, não sendo conhecido o domicilio, o tribunal da sua residencia, pois é esse tribunal o que melhor pode colher informações acerca do desaparecimento do ausente, das suas ultimas noticias, acerca, em summa, das probabilidades da sua existencia. Se, porém, o ausente tiver bens em differentes logares ou em differentes países, poderão os tribunales da situação dos bens decretar as providen-

cias conservatorias indispensáveis para a salvaguarda dos mesmos bens.

As condições da declaração da ausência, como a determinação das causas de declaração, a indicação das pessoas a quem deve entregar-se a administração dos bens, o tempo por que hão de conservar essa administração, e os efeitos da mesma declaração (como os direitos dos administradores ou curadores nos diferentes prazos da administração ou curadoria, a entrega final dos bens aos herdeiros presumidos do ausente, etc.), devem ser regulados pela lei nacional do ausente como lei que preside á sua protecção pessoal e ao regimen hereditario dos seus bens. Enquanto se attende aos interesses do ausente, a administração ou curadoria dos seus bens é uma especie de *tutela* para a protecção dos seus direitos que entra normalmente nas leis de protecção pessoal, e enquanto se levam em conta os interesses dos herdeiros, o efeito da ausência é uma especie de *successão*, que igualmente deve submeter-se ao regimen da lei nacional do ausente ¹.

¹ ROLIN, *ob. cit.*, tom. II, pagg. 24 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 514. Conf. cod. civ. port., artt. 55.º e segg., e cod. de proc. civ., artt. 406.º e segg. e 684 e segg.

§ II

Leis de garantia social ¹

SUMARIO : — 303. Noção e qualidades geraes das leis de garantia social ou leis de ordem publica. Criterio fundamental da determinação das leis de ordem publica. — 304. Indicação summaria das principaes leis de ordem publica. — 305. Determinação da competencia das leis de ordem publica. — 306. Valor internacional da territorialidade das leis de ordem publica.

303. Parallelamente ao principio de applicação *permanente* e *extritorial* das leis de protecção pessoal, todos os escriptores admittem como regra ou como excepção a existencia de leis que, formuladas no interesse geral de cada comunidade politica, devem ser de applicação *geral* e *territorial* e servir de limite á applicação das leis estrangeiras. Semelhantes leis, geralmente chamadas *leis de ordem publica* e designadas por PILLET *leis de garantia social*, têm por função *defender* o interesse da comunidade nacional contra as exigencias do commercio internacional.

Mas, se os escriptores são unanimes em admittir a existencia de leis de ordem publica para garantia dos interesses das comunidades politicas em face dos interesses da communi-

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 367 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 301 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 228; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 266 e segg., e *Annuario do Instituto de direito internacional*, vol. 19.º, pagg. 354 e segg.; ROLIN, *ob. cit.*, pagg. 276 e segg.; AUBRY, *De la notion de territorialité en droit international privé*, no *J. D. I. P.*, 1900, pagg. 689 e segg.; Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pag. 30; Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *ob. cit.*, pagg. 226 e segg.; etc.

dade internacional, bem como em reconhecer a territorialidade e generalidade na applicação dessas leis, deixam de sê-lo quando se trata de formular o criterio discriminador das mesmas leis e de enumerar com precisão as suas diferentes especies. Assim, uns declaram de ordem publica as leis relativas aos direitos da sociedade (LAURENT), outros as leis de interesse geral (WEISS), outros as leis referentes aos interesses essenciaes do estado (DESPAGNET), outros as leis que constituem condições essenciaes á existencia e desinvolvimento organico do estado (DR. MARNOCO E SOUSA), outros as leis que são escriptas no interesse de *todos* e não sómente no interesse de *cada um* (PILLET), e outros ainda formulam outros criterios segundo o principio que lhes parece melhor para traduzir a ideia de garantia do interesse de cada estado em face dos interesses do commercio internacional. Sem apreciarmos os criterios apresentados pelos diferentes escriptores, procuraremos formular aquelle que, em nosso intender, melhor caracteriza as leis de garantia social e procuraremos depois determinar as diversas especies de leis que devem entrar nessa categoria.

O criterio que julgamos melhor já acima ficou esboçado. Admittimos com PILLET a classificação das leis em *leis de protecção individual* e *leis de garantia social* e aceitamos como base fundamental da classificação o *fin immediato* das leis, agrupando na primeira classe as leis que se propõem garantir o interesse singular dos individuos e agrupando na segunda as que tõem por fim defender os interesses communs da collectividade assegurando as condições da sua organização e do seu funcionamento. As leis de protecção individual são assim as que attendem ao interesse *pessoal* de cada um e as de garantia social as que attendem ao interesse *impessoal* da collectividade.

A differença, resulta da dupla missão do legislador nas sociedades modernas, o qual, por um lado, é protector dos inte-

resses particulares e, por outro, organiza e representa os interesses da communidade. Na primeira qualidade, formula leis de protecção individual, na segunda promulga leis de ordem publica ou de garantia social. Assim, ao definir principios sobre capacidade e sobre incapacidades e meios de as supprir, attende o legislador aos interesses dos individuos como taes, faz leis de protecção individual, ao passo que, estabelecendo regras de direito penal, attende ao interesse de toda a collectividade, faz leis de ordem publica.

As leis de ordem publica são, pois, as leis formuladas no interesse de *todos*, que aproveitam a toda a communidade e cuja violação representa um perigo e uma ameaça para todos os membros da mesma communidade.

304. Formulado o criterio da determinação das leis de garantia social, estudemos as suas principaes applicações.

a) *Leis politicas e administrativas.* As leis politicas, destinadas a regular a organização e o exercicio da soberania do estado, entram, segundo o conceito de todos os escriptores, na categoria das leis de ordem publica, como leis necessarias á existencia do estado que se impõem ao respeito tanto de nacionaes como de estrangeiros. As leis politicas, emquanto definem os direitos politicos e regulamentam o seu exercicio, não abrangem naturalmente os estrangeiros, os quaes não gosam quasi universalmente daquelles direitos. Abrangem nos, porém, emquanto limitam os poderes do estado e garantem os direitos ou liberdades publicas, que, embora pertençam a nacionaes e a estrangeiros, só podem ser exercidos em harmonia com as leis territoriaes, assim como os abrangem no seu aspecto penal ao punir os crimes que elles possam commetter contra as instituições ou contra a segurança do estado.

As leis administrativas regulam a organização e execução dos serviços publicos, continuam e completam a acção das

leis politicas e são como estas de applicação geral e territorial.

b) *Leis de competencia e processo.* Os tribunaes dos estados civilizados estão abertos aos estrangeiros para a definição e defesa dos direitos que lhes são reconhecidos pelas leis locais, mas são órgãos dum dos poderes do estado e manifestação da soberania nacional e como taes se impõem aos estrangeiros tanto nos principios que definem a sua competencia como nas regras de processo a seguir no exercicio das suas funções. Entre as consequencias do principio de que as leis de competencia são de ordem publica, apparece a de que os tribunaes commerciaes dum país só são competentes para conhecer das questões relativas a actos que a *lex fori* considere actos de commercio. Embora um acto deva considerar-se ou não de commercio segundo a lei do país onde for praticado para o effeito de determinar o *modo* como deve ser provado e a *lei* que lhe deve ser applicada, para o effeito da competencia é a *lex fori* que declara a sua qualificação.

Mas ainda serão de ordem publica as leis relativas ás *provas* com que devem ser demonstrados os factos allegados em juizo? Assim o intendem alguns escriptores, fundados na razão de que a prova tem por fim convencer o juiz e de que a convicção do juiz deve resultar exclusivamente dos meios de prova prescriptos pela lei do seu país para demonstrar a existencia dum acto juridico. Semelhante opinião deve, porém, ser posta de parte. O exercicio dum direito não é assegurado de modo completo senão quando pode provar-se a sua existencia em caso de contestação e porisso o meio ou meios de o provar não devem depender da lei do logar mais ou menos fortuito onde venha a intentar-se a acção, mas da lei do logar onde forem praticados os respectivos actos. O emprego das provas é inseparavel do proprio direito e os meios de prova devem ser determinados como que *a priori* para que os interessados

fiquem seguros da efficacia dos actos que praticam. Mas, se a prova dum acto deve ser a estabelecida pela lei do logar onde o acto é realizado, o modo de *produzir* essa prova em juizo é o estabelecido pela lei do tribunal. O modo de deducção da prova é uma formalidade de processo e porisso fica sujeito ao principio da territorialidade das formulas judiciaes. Convem ainda observar, relativamente á prova testemunhal, que as incapacidades e dispensas das testemunhas são baseadas no interesse publico e porisso se regulam pela *lex fori*. E o mesmo deve dizer-se da recusa de testemunhas, a qual tem por fim evitar testemunhas suspeitas e porisso interessa á ordem publica.

c) *Leis de segurança: leis penaes*. As leis destinadas a garantir a segurança da pessoa e dos bens dos individuos são leis de ordem publica, que protegem tanto nacionaes como estrangeiros e que a todos obrigam de modo igual.

As leis de segurança pertencem as *leis penaes*. As leis penaes são territoriaes no duplo sentido de que os crimes commettidos contra estrangeiros são punidos da mesma forma que os commettidos contra nacionaes e de que os crimes commettidos por estrangeiros são punidos como os commettidos por subditos locaes.

Ao lado das leis penaes, que são leis de *prevenção*, embora a *repressão* seja um meio de dar efficacia ás suas *ameaças*, devem collocar-se as *leis policiaes*, leis claramente preventivas para segurança das pessoas e da propriedade e que concorrem para manter a ordem no seio do estado.

Como leis de segurança e portanto de ordem publica ainda se consideram as leis relativas á responsabilidade civil resultante de factos illicitos, sendo a lei do estado onde o facto é praticado a competente para determinar a reparação devida e designar as pessoas que devem prestá-la.

d) *Leis relativas á propriedade*. As leis que definem a *condição juridica dos bens*, organizando a propriedade, determi-

nando os direitos dos proprietarios e fixando os limites do exercicio desses direitos, são leis de ordem publica por se destinarem a garantir os interesses economicos da nação. Os immoveis, desde os estatutarios que são submettidos á *lex rei sitae*, constituindo, como vimos, as leis a elles relativas o *estatuto real*. Os moveis eram sujeitos á lei do domicilio pelo principio *mobilia personam sequuntur*. Comtudo, com WAECHTER e SAVIGNY, seguidos nesta parte pela maioria dos internacionalistas, appareceu e radicou-se a doutrina de que tambem os moveis deviam ser submettidos á *lex rei sitae* como elemento progressivamente importante, se não preponderante, da riqueza publica e uma das grandes manifestações da economia do estado, por forma a GRASSO poder dizer que «a *lex rei sitae* é a lei natural dos direitos reaes» e poder hoje considerar-se firmemente estabelecido o principio da unidade e da territorialidade da lei reguladora dos bens moveis e immoveis.

Deve, porém, notar se que a territorialidade das leis relativas á propriedade se limita á organização da propriedade e dos direitos reaes bem como das restricções ou servidões que podem affectar os direitos dos proprietarios, isto é, a *lex rei sitae* applica-se ás coisas consideradas em si mesmas e não em relação ás pessoas a quem ellas pertencem ou que sobre ellas têm direitos. Concretizando o principio estabelecido, podemos dizer, com o sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, que a *lex rei sitae* se applica quando se trate dalgum destes pontos: — «1.º classificação das coisas, determinação das que são moveis ou immoveis, estão ou não no commercio; 2.º indicação dos direitos reaes que se podem ter sobre as coisas e a sua extensão: propriedade, servidão, usufructo, etc.; 3.º condições da transmissão da propriedade ou dos seus desmembramentos, entre as partes, ou em relação a terceiros: registo, etc. Para todos os demais casos a lei a applicar será determinada pelo estudo da relação juridica que tenha as coisas por

objecto»¹. Salva, pois, a organização da propriedade, salva a organização dos direitos reaes na sua determinação e nos seus limites, e salvas as condições da transmissão duma ou dos outros, podem as relações patrimoniaes, que tenham as coisas por objecto, ser reguladas por leis diferentes da lei territorial. É assim que a successão de moveis ou immaveis pode ser regulada pela lei pessoal do auctor da herança e a forma dos actos juridicos da sua transmissão pela lei do logar da celebração.

O codigo civil portuguez foi pouco explicito acerca da lei reguladora da propriedade. Apenas se referiu directamente á propriedade immobiliaria, sita no reino, de portuguezes que viajem ou residam em país estrangeiro, na primeira parte do art. 24.º — «*Os portuguezes que viajem ou residam em país estrangeiro conservam-se sujeitos ás leis portuguezas concernentes á sua propriedade immobiliacia enquanto aos actos que houverem de produzir nelle os seus effeitos*», e fez uma referencia indirecta á propriedade immobiliaria, sita no reino, de portuguezes ou estrangeiros no art. 964.º — «*As hypothecas contractadas em país estrangeiro sobre bens existentes no reino, só produzem os seus effeitos desde o dia em que são registadas nas respectivas conservatorias nacionaes*». A respeito de moveis guardou inteiro silencio. Que pensar, pois, sobre o regimen internacional da propriedade reconhecido pelas leis portuguezas?

Sobre a propriedade immobiliaria de portuguezes sita em Portugal não pode haver duvida. Regula-a a lei portuguesa. É expresso o art. 24.º

Quanto á propriedade immobiliaria de estrangeiros sita no reino, tambem parece certo que deve regulá-la a lei portuguesa. É o que resulta dos artt. 24.º, 26.º e 964.º do codigo

¹ *Ob. cit.*, pag. 60.

civil e das declarações do seu auctor. O art. 24.º sujeita a propriedade immobiliaria dos portuguezes á lei portuguesa; o art. 26.º equipara os estrangeiros aos portuguezes quanto ao gozo de direitos civis quando a lei não disponha o contrario, e nenhuma disposição regula de modo especial a propriedade dos estrangeiros; o art. 964.º, sujeitando á publicidade pelo registo em Portugal as hypothecas contraidas no estrangeiro sobre bens sitos no reino, não distingue entre proprietarios portuguezes e estrangeiros; o auctor do codigo civil, referindo-se á efficacia no país das leis estrangeiras relativas á capacidade civil, escreveu estas significativas palavras: — «Mas esta regra assim absolutamente estabelecida poderia conduzir algumas vezes a resultados inadmissiveis, ou emquanto ao interesse particular ou emquanto ao interesse publico; e é por isso que se acharão nos logares competentes do codigo diversas excepções. Taes são, por exemplo, os contractos e actos considerados immoraes ou illicitos, ou contrarios á ordem publica, segundo a lei do país, ou que forem oppostos ás leis que regem a propriedade immobiliaria»¹.

Relativamente aos *moveis* quer de nacionaes quer de estrangeiros, nada diz a lei, mas explicou-se sufficientemente o VISCONDE DE SEABRA para podermos julgar que o pensamento do legislador foi sujeitá-los á *lex rei sitae* e portanto á lei portuguesa quando sitos em Portugal. Eis as suas palavras: «Poderá notar-se, que se não encontra no codigo disposição alguma expressiva relativa á propriedade mobiliaria, sendo grande a controversia entre os auctores, se deve ser regida pelo Estatuto pessoal ou pelo Estatuto real. Respondemos, que muito de pensado não tocamos este ponto *para o deixar aos princi-*

¹ *Apostilla* (n.º 3) á censura do sr. ALBERTO DE MORAES CARVALHO, pagg. 18 e 19.

*pios geraes. Se esta propriedade não entra na esphera das leis concernentes á capacidade, ou na esphera das leis immobiliarias; se não ha excepção, fica evidente, que estará sujeita á lei geral do país. E que diz esta lei? — que os estrangeiros terão os mesmos direitos e obrigações civis que os portuguezes, emquanto aos actos que houverem de produzir os seus effeitos no reino. A palavra — ACTOS — está aqui na sua maior generalidade. Se os moveis se acham em país estrangeiro; se os actos acerca delles não hão de produzir os seus effeitos no reino, é claro que a lei portuguesa os não pode alcançar, e terá a seu respeito logar a disposição da lei estrangeira, ou, por outras palavras, o DIREITO REI SITAE que é a doutrina mais justa e mais racional*¹. Não ha nada mais claro. A propriedade mobiliaria de estrangeiros sita em Portugal está sujeita á lei geral do país, pelo principio geral de que os estrangeiros gosam no reino dos mesmos direitos que os portuguezes e pela razão especifica de que o *direito rei sitae* é o mais justo e mais racional na regulamentação da propriedade mobiliaria.

e) *Leis moraes.* As leis inspiradas nas ideias moraes que dominam a organização social representam uma garantia do respeito dos sentimentos communs e um factor do bem estar geral e como taes devem ser igualmente obrigatorias para nacionaes e estrangeiros e revestir o valor de leis de ordem publica. Traduzem o grau do *progresso moral* duma sociedade num determinado estadio de civilização que não pode ser sacrificado ao imperio de leis estrangeiras. As leis que prohibem — a escravatura, a polygamia, o divorcio, o reconhecimento dos filhos adultericosos e incestuosos, os actos immoraes, em summa, as leis que consagram as grandes regras de moral que cada estado considera indispensaveis ao seu modo de ser

¹ *Ob. cit.*, pagg. 19 e 20.

social, são leis limitadoras da applicação das leis estrangeiras e naturalmente obrigatorias para todos os que habitam o território do mesmo estado.

f) *Leis fiscaes.* A theoria relativa á situação jurídica dos estrangeiros sob o ponto de vista fiscal é dominada por tres principios fundamentaes: — 1.º) o principio da *unidade de imposição*, 2.º) o principio da *egualdade tributaria*, 3.º) e o principio da *territorialidade das leis fiscaes*.

1.º) O primeiro principio consiste em os individuos serem tributados *somente num país* por cada um dos elementos do seu patrimonio, principio opposto á pluralidade de imposição, que poderá resultar da diversidade de systemas tributarios nos varios países, como se num estado é adoptado o systema do imposto geral sobre o rendimento, tributando a totalidade do patrimonio do individuo e compreendendo ainda os bens situados em país estrangeiro, e noutro é seguido o systema do imposto especial sobre cada um dos elementos do patrimonio, collectando mesmo os rendimentos dum estrangeiro realizados no país, o que fará com que a mesma fonte de rendimento seja duas vezes tributada. O meio mais simples de os estados se approximarem do principio da unidade de imposição será cada um tributar sómente os bens existentes no seu territorio.

2.º) O principio da egualdade tributaria significa que os estrangeiros devem pagar os mesmos impostos que pagam os nacionaes, e essa é a ideia mais simples que se contem no principio, e que, relativamente a cada imposto, um estrangeiro deve pagar a mesma collecta que pagaria um nacional nas suas condições, de modo que a sua qualidade de estrangeiro não aggrave a sua situação tributaria nem o obrigue ao pagamento de impostos que nas mesmas condições de facto não pagaria um nacional.

3.º) O principio da territorialidade das leis fiscaes, principio que por agora principalmente nos interessa, refere-se ao exer-

cício do direito de cobrar o imposto e indica que são as leis locais que determinam as regras relativas á quota, ao lançamento e á cobrança de cada imposto. Não pode o estado ter dois systemas de organização fiscal, um para nacionaes e outro para estrangeiros, e porisso, desde que um estrangeiro esteja nas condições de facto que justificam o pagamento dum imposto, devem ser-lhe applicadas as leis locais que regulamentam esse imposto ¹.

g) Leis relativas ao credito publico. Entram nesta categoria todas as leis destinadas a garantir a lealdade e a segurança nas transacções, como são as leis referentes á circulação metallica ou fiduciaria, á publicidade dos actos juridicos e aos modos de transmissão de direitos que produzem effeitos em relação a terceiros. Estas e outras leis de credito publico são estabelecidas no interesse da commuidade e porisso revestem naturalmente a qualidade de territoriaes.

As leis de credito publico pertencem as leis sobre execuções, que regulam a intervenção do poder publico com o fim de assegurar ao individuo a effectividade dos seus direitos. Semelhantes leis são manifestação da acção judiciaria, regulam uma função publica, são leis de garantia social.

Forma de execução é a fallencia ou processo destinado a

¹ Sobre a situação dos estrangeiros em Portugal relativamente ao pagamento de impostos, vide: contribuição predial, reg. de 25 de agosto de 1881, art. 1.º; contribuição industrial, reg. de 16 de julho de 1896, art. 1.º, § 1.º, n.º 1, e § 2.º; contribuição de renda de casas e sumptuaria, reg. de 24 de abril de 1902, art. 1.º; decima de juros, reg. de 3 de julho de 1896, art. 1.º, n.º 1.º; contribuição de registo, reg. de 23 de dezembro de 1899, artt. 1.º e 4.º, n.ºs 5.º, 6.º e 7.º; imposto do sello, reg. de 9 de agosto de 1902, art. 1.º; direitos de mercê, dec. de 16 de agosto de 1898, art. 2.º alinea j); emolumentos de secretaria, lei de 16 de abril de 1867, tabella, v.º condecorações, alinea 10); imposto de rendimento, reg. de 12 de novembro de 1880, art. 2.º

determinar o passivo do fallido e a realizar o seu activo em proveito dos seus credores, e como tal é a fallencia rigorosamente territorial. O caracter territorial da fallencia contraria os principios da sua *unidade* ou da competencia dum só tribunal, o do domicilio dum individuo ou o da séde duma sociedade, para declarar a fallencia e praticar os actos de jurisdicção subsequentes, e da sua *universalidade*, ou do effeito extrritorial da sua declaração para abranger todos os bens do fallido e proteger todos os credores, mas não significa que não sejam reconhecidos os direitos dos credores estrangeiros legitimamente adquiridos, nem que os usos ou os tratados não possam conduzir á acceitação dos dois principios para salvaguarda da segurança das transacções internacionaes.

305. Assente que as leis de ordem publica são leis territoriaes, segue-se a determinação da lei territorial competente para regular uma situação ou uma relação juridica.

Em geral poderá dizer-se que é competente a lei do estado que preponderantemente defenda os interesses duma determinada communitade politica em face dos interesses da communitade internacional.

A determinação é simples quanto ás leis politicas e administrativas, de competencia e processo, penaes, fiscaes e relativas á organização da propriedade.

As leis politicas e administrativas podem considerar-se em relação aos cidadãos ou em relação aos estrangeiros. Quanto aos nacionaes, só a lei do seu país pode determinar os seus direitos e deveres como cidadão e portanto a sua cooperação na vida politica ou na administração publica. Quanto aos estrangeiros, as leis politicas e administrativas só podem affectá-los emquanto elles se encontrem dentro do territorio do estado legislador e portanto é exclusiva a competencia das leis do estado de domicilio, residencia ou passagem dos mesmos estrangeiros,

As leis de competência e processo a observar na defesa judicial dos direitos do individuo são as do país onde a acção tiver de ser intentada. Ainda aqui não pode haver duvida na determinação da lei de ordem publica competente.

As leis penaes representam o meio de reacção contra a perturbação da ordem e tranquillidade produzida pela pratica do crime e, porisso, a lei penal competente deve ser a do estado encarregado de manter a ordem e tranquillidade no logar onde o crime é praticado. Esta ligação entre a função repressiva do estado e a competencia das suas leis penaes explica a pratica da extradicação e a applicação das leis penaes dum país aos crimes commettidos nos seus navios e nos territorios occupados pelas suas tropas ou praticados pelos seus agentes diplomaticos, applicação derivada da circumstancia de o estado respectivo ser o encarregado de manter a ordem nos navios, nos territorios occupados e em relação aos seus representantes diplomaticos. Por motivos smelhantes, é a lei do logar onde for commettido um delicto ou um quasi delicto a competente para regular a responsabilidade civil dahi derivada. Se o facto illicito é praticado a bordo dum navio, deve regular essa responsabilidade a lei do pavilhão. Se tal facto consistir na abalroação entre navios, o navio abalroador responde segundo a lei do estado marginal, se a abalroação se der em aguas territoriaes ; e deverá responder segundo a lei do seu pavilhão, se a abalroação se der no alto mar, como o estabeleceu o nosso codigo commercial no art. 674.º

A lei fiscal competente é a do logar onde existe a materia collectavel, como a propriedade immovel quanto á contribuição predial, ou onde é praticado o acto juridico que determina o pagamento do imposto, como os contractos por escripto quanto ao imposto do sêllo.

Em materia de organização da propriedade movel ou immovel é incontestavelmente a competente a *lex rei sitae*. Só essa

lei pode definir os direitos dos proprietarios e os limites desses direitos.

A determinação da lei de ordem publica competente constitue, porém, uma questão delicada em relação a outras categorias de leis, como são as leis moraes e as leis de credito publico.

As leis moraes competentes serão naturalmente as do país cujos sentimentos de *honestidade* se pretenderem salvaguardar. Comtudo, esse país será ora o da celebração dum acto juridico, como acontecerá quanto á celebração dum segundo casamento, não estando ainda dissolvido o primeiro, nos estados que não admittem a bigamia, ora aquelle em que se pretende exercer um determinado direito, o que succederá com o pedido do divorcio num estado que não o reconhece. É necessario, pois, attender bem ao objectivo da lei moral, para não prejudicar nem exceder o alcance do seu destino social.

Quanto ás leis de credito publico cumpre principalmente considerar as leis relativas á publicidade dos actos juridicos. A lei competente será a que melhor assegurar o destino dessa publicidade. Assim: a publicidade dos actos relativos á propriedade immobiliaria, como o registo da alienação de immoveis, de hypothecas, etc., deve ser effectuada no país da situação dos immoveis e segundo as leis desse país; a publicidade dos actos relativos ao estado das pessoas, como a interdicção ¹, deve ser regulada pela lei do domicilio das pessoas, pois é esta a lei que melhor corresponde ao fim da publicação—tornar conhecidas as modificações operadas no estado das mesmas pessoas; a publicidade da cessão de creditos, para a tornar conhecida do devedor e de terceiros, deve ser regulada pela lei do domicilio do devedor, já que o domicilio do devedor *localiza* a necessidade do

¹ Conf. cod. civ. port, art. 319.º, e cod. do proc. civ., art. 427.º

conhecimento das modificações do credito ¹; o registo do contracto antenupcial de commerciantes deve ser regulado pela lei do logar do seu principal estabelecimento, pois é a esse logar que terceiros irão naturalmente colher informações acerca do mesmo contracto; a publicidade dos actos relativos á propriedade dos navios deve ser realizada no seu porto de matricula e regulada pela lei do pavilhão como os unicos elementos de fixidez na vida dos navios e que podem guiar os interessados na apreciação do estado dos mesmos navios; a publicidade deve, em summa, ser regulada pela lei do logar onde melhor se preencha o destino de *annunciar* a existencia do acto juridico.

306. A *territorialidade* das leis de garantia social é um dos dois principios basilares do direito internacional privado e, porisso, as suas applicações devem ter effeito internacional e os diferentes estados deverão considerar nullos os actos practica-dos em contrario das leis de ordem publica competentes.

Deste principio geral derivam, como bem nota PILLET, duas importantes consequencias :

1.^a) *A relação juridica constituída contra as regras de ordem publica da lei competente deve ser considerada em toda a parte como irregular e de nenhum effeito.* É o que deve acontecer, por exemplo, com o reconhecimento de filhos adulterinos realizado num estado que prohibia esse reconhecimento, com o contracto de usura de taxa de juro superior ao limite maximo estabelecido no estado da celebração do contracto, já que a limitação da taxa de juro se deve considerar como disposição de ordem publica tendente a evitar o facto immoral da agiotagem, e com as sentenças estrangeiras proferidas por um tri-

¹ Código civil, artigos 789.º a 792.º, e código do processo, artigo 645.º

bunhal incompetente segundo as leis do estado do tribunal sentenciador.

2.ª) *A relação jurídica constituída segundo as regras de ordem publica da lei competente deve ser internacionalmente valida e produzir em toda a parte effeitos legaes.* Esta regra de validade tem, todavia, um limite. A relação jurídica constituída nos termos indicados não poderá ser considerada como valida num estado a cujas leis de ordem publica ella seja contraria, pela singela razão de que um estado não pode ser obrigado a reconhecer a legitimidade das leis estrangeiras em prejuizo da sua propria ordem publica. Assim, não será naturalmente concedido *exequatur* a uma sentença estrangeira proferida por um tribunal competente segundo as leis do país do tribunal sentenciador, se, segundo as leis do estado a que é pedido o *exequatur*, só os tribunaes nacionaes são competentes para conhecer da respectiva acção, assim como não será reconhecida uma nacionalidade estrangeia a um individuo que, segundo as leis do país, deve considerar-se como cidadão. Tanto as leis de competencia como as leis determinadoras da qualidade de cidadão são leis de ordem publica, que o estado não pode sacrificar ás leis de ordem publica dos estados estranhos.

§ III

Princípio da autonomia da vontade ¹

SUMMARIO :—307. O princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado. Sua esphera de acção.—308. Applicaçào do princípio. Contractos e testamentos.—309. Principios geraes acerca da lei reguladora das obrigações.

307. Ao lado das leis *imperativas*, que representam uma *ordem* que os individuos *devem* cumprir ou se trate singularmente do seu proprio interesse, ou se tenha em vista o interesse da communidade, ha no direito dos povos as leis *facultativas*, que constituem um *conselho* dado aos individuos para a defesa dos seus interesses e que elles *podem* seguir ou não nas suas mutuas relações, leis tambem chamadas *interpretativas* por se applicarem quando os interessados praticam os actos juridicos que ellas regulam sem manifestarem a intenção de não quererem acceitar as suas disposições, pois que então se intende que a applicação de taes leis é a interpretação da vontade dos interessados. É, pois, do character das leis facultativas que a *vontade* dos interessados é *autonoma* em acceitar ou substituir as suas disposições. O principio da autonomia da vontade é assim um dos elementos da vida juridica do estado, um dos factores do direito interno.

As leis devem conservar na ordem internacional as qualida-

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 430 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 322 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 622 e segg.; FIORE, *ob. cit.*, pagg. 152 e segg.; WEISS, *ob. cit.*, pagg. 112 e segg.; OLIVI, *ob. cit.*, pagg. 794 e segg.; DREYFUS, *L'acte juridique en droit international privé* Paris, 1906; etc.

des que revestem na ordem nacional e porisso era natural que a autonomia da vontade tambem entrasse na organização do direito internacional privado, assegurando a liberdade dos individuos nas relações internacionais perante as leis facultativas. Assim aconteceu com effeito, sendo o estatutario DUMOULIN o primeiro jurisconsulto que introduziu o principio da autonomia na theoria dos conflictos, sustentando que na determinação da lei applicavel ás convenções a vontade das partes devia ser considerada como soberana, cumprindo aos juizes averiguar, ou pela analyse do contracto ou pelas circumstancias, se ellas se haviam referido a uma determinada legislação. De DUMOULIN em diante foi o principio mais ou menos accedido, podendo hoje dizer-se que é fundamentalmente admitido pela grande maioria dos escriptores.

A theoria da autonomia da vontade em direito internacional privado abrange dois problemas: — 1.º) o problema da extensão do principio da autonomia na solução dos conflictos e 2.º) o problema da determinação da lei presumtivamente aceita pelos interessados quando estes não declarem a lei reguladora dos seus actos voluntarios.

1.º) A autonomia da vontade não pode ter em direito internacional maior extensão que no direito nacional e, porisso, deve limitar-se ás leis facultativas. A *livre escolha* pelos interessados da lei que deve regular os seus actos voluntarios limita se portanto logicamente ás leis de *conselho*, ficando de fora todas as leis de *ordem*, que são leis obrigatorias e diante das quaes o principio da autonomia já não tem razão de ser. Porisso deve ceder a todas as disposições imperativas ou prohibitivas duma lei applicavel a uma determinada relação juridica.

Mas quaes são estas leis de *limite* á applicação do principio da autonomia?

Podem reduzir-se a quatro grupos as leis obrigatorias que determinam esse limite.

Entram no primeiro grupo as leis de ordem publica. Estas leis são destinadas a salvaguardar os interesses collectivos dum determinado estado e seria absurdo que a vontade individual pudesse inutilizar o seu destino social. Não poderia, porisso, ter effeitos em Portugal um contracto perpetuo de prestação de serviço domestico, que a lei considera nullo como contrario á liberdade individual (cod. civ., art. 1371.º). Como leis de ordem publica applicaveis a nacionaes e a estrangeiros, se devem considerar as leis de *protecção operaria* destinadas a regular efficazmente o contracto de trabalho, a não ser que o legislador limite o seu beneficio aos nacionaes.

O segundo grupo é formado pelas leis de capacidade. Ainda os escriptores são unanimes em subtrair essas leis ao principio da autonomia. As leis de capacidade definem as facultades juridicas do individuo, devem ter estabilidade e fixidez e porisso não podem mudar á mercê da vontade individual.

Pertencem ao terceiro grupo as leis reguladoras da forma externa dos actos, que são em regra as leis do logar da celebração dos mesmos actos e de que falaremos no paragrapho seguinte.

Ao ultimo grupo pertencem as leis obrigatorias de interesse particular e destinadas a proteger os interessados. O caracter obrigatorio destas leis subtráe-as á autonomia das partes e o seu destino de protecção dá competencia á lei nacional dos interessados como a lei de protecção individual normalmente competente. Como exemplo de leis desta categoria poderão indicar-se, dum modo geral, as relativas ás condições e modos de prestação do consentimento, aos vicios do consentimento, á presumpção de solidariedade na responsabilidade, ao principio de que o prazo no cumprimento das obrigações é estabelecido em beneficio do devedor, e, em especial, todas as leis referentes a actos ou contractos limitativos da liberdade dos interessados no seu proprio interesse, como os principios da actuali-

dade e da irrevogabilidade nas doações, a irrevogabilidade das convenções antenupciaes, a inalienabilidade dotal, etc. Todas estas leis são ou um *desinvolvimento* das leis de capacidade ou uma garantia dos interesses individuaes e porisso entram nas leis de protecção pessoal.

Mas, reduzido ás leis facultativas, ainda é vasta a extensão do principio da autonomia da vontade em direito internacional privado. Abrange tudo que no direito interno respeita á interpretação das convenções e á successão testamentaria na parte relativa á devolução da quota disponivel.

2.º) Quando os interessados indicam claramente a lei facultativa que deve regular os seus actos, é essa a lei competente para determinar os direitos e obrigações constituídas por esses actos. Se não ha uma indicação expressa, mas as circumstancias permitem determinar *a vontade certa* das partes, ainda deve applicar-se a lei que essas circumstancias indicam.

Se falta a indicação *directa* dos interessados e a indicação *indirecta* das circumstancias, torna-se necessario determinar *a vontade provavel* dos mesmos interessados. Aqui divergem, porém, muito as opiniões. Segundo uns, a lei provavelmente *escolhida* pelos interessados seria a *lei nacional commum* e subsidiariamente a lei do domicilio commum e do logar da celebração, segundo outros, a lei do *domicilio commum* e subsidiariamente a lei do logar da celebração, segundo outros, immediatamente a lei do logar da celebração — *lex loci*, segundo outros ainda, a lei do logar da *execução* do contracto. Embora não parecesse menos razoavel o primeiro systema, todavia a maioria dos escriptores inclina-se para a preferencia da lei do logar da celebração do acto juridico.

Foi tambem este ultimo o systema seguido pelo codigo commercial portugês, como se vê do seu art. 4.º:— «Os actos de commercio serão regulados: 1.º) quanto á subsistencia e efeitos

das obrigações, pela *lei do logar* onde forem celebrados, *salvo convenção em contrario*; 2.º) quanto ao modo do seu cumprimento, pela lei do logar onde se realizarem; 3.º) quanto á forma externa, pela lei do logar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario. § unico. O disposto no n.º 1.º deste artigo não será applicavel, quando da sua execução resultar offensa do direito publico portuguez «cu dos principios de ordem publica». Este artigo, ao mesmo tempo que reconhece o principio da autonomia da vontade, pois consagra o direito de escolher a lei reguladora da substancia e effeitos das obrigações commerciaes, e reconhece o systema da *lex loci* para determinação da vontade provavel dos interessados, estabelece dois limites ao mesmo principio de autonomia — o limite das leis de ordem publica e o limite das leis relativas á forma externa dos actos. O mesmo artigo é completado pelo art. 12.º, que estabelece um novo limite mandando regular a capacidade commercial pela lei nacional dos interessados. E as disposições do codigo commercial, tanto na determinação de principios como na fixação de limites, são applicaveis, em geral, aos actos voluntarios civis, já que no codigo civil não apparecem regras a elles relativos e o seu artigo 16.º manda resolver as questões sobre direitos e obrigações pelos casos analogos prevenidos em outras leis.

Falta, porém, nos codigos civil e commercial qualquer indicação especial ácerca do limite á autonomia da vontade formado pelas leis obrigatorias de interesse individual e destinadas á protecção dos interessados. Este limite deve, comtudo, consideras-se como reconhecido pelos dois codigos, pois que ambos admittiram a extritorialidade das leis de protecção individual e consagraram como lei de protecção a lei nacional.

308. O principio da autonomia applica-se, dentro dos limites indicados, em materia de 1.º) contractos, e de 2.º) testamentos.

1.º) *Contractos*. Respeitando as leis competentes de capacidade, ordem publica, forma externa e as leis obrigatorias de interesse e protecção individual, as partes contractantes podem escolher livremente a lei reguladora da *substancia* e *effeitos* do contracto, segundo a expressão do codigo commercial portugûes. Por substancia e effeitos dum contracto deve entender-se o *conteúdo* do mesmo contracto ou os *direitos* e *obrigações* que dali resultam, direitos e obrigações que hão de ser os indicados na lei escolhida pelas mesmas partes contractantes.

Entre os contractos merece referencia especial o contracto de casamento ou escriptura antenupcial que fixa o regimen de bens da sociedade familiar. Tambem ali é reconhecido o principio da autonomia da vontade, mas, á falta de indicação da lei reguladora do regimen de bens do casamento, applica-se a lei nacional do marido, que é a lei geral reguladora das relações de familia. E a esse respeito foi expresso o codigo civil portugûes (art. 1107.º). Embora, pois, applicavel aos contractos civis o n.º 1.º do art. 4.º do codigo commercial na parte em que manda regular a substancia e effeitos das obrigações pela lei do logar da celebração, tem de fazer-se excepção para o contracto de casamento, já regulado pelo codigo civil.

2.º) *Testamentos*. Dentro dos limites estabelecidos para os contractos, é admittido o principio da autonomia da vontade na devolução testamentaria da quota disponivel do testador. É a lei nacional do testador que delimita a quota disponivel, mas é a lei escolhida pelo mesmo testador que determina as condições da transmissão dos bens disponiveis e os direitos e obrigações dos herdeiros testamentarios.

Comtudo, se o testador nada disser ácerca da lei que ha de

regular a successão testamentaria, deve applicar-se a sua lei nacional pelas razões que acima deixamos expostas e fazer-se mais uma excepção, no direito portuguez, ao principio formulado no art. 4.º do código commercial.

309. O regimen juridico internacional das obrigações varia com a origem mesma das obrigações.

Segundo a fonte de que derivam, podem as obrigações classificar-se em duas categorias — 1.º) obrigações provenientes de convenção e 2.º) obrigações constituídas independentemente de contracto.

1.º) *Obrigações convencionaes*. Antes de mais, devemos dizer que consideramos aqui a obrigação como um vinculo juridico existente entre duas ou mais pessoas, em virtude do qual uma dellas — *devedor* — fica adstricta para com outro — *credor* — a dar, fazer ou pagar alguma coisa.

As obrigações contractuaes são reguladas pela lei do contracto nos termos acima indicados, sem distincção, como pretendem alguns escriptores, entre effeitos *previstos* e effeitos *eventuaes* do contracto, pois que todos esses effeitos derivam directa ou indirectamente do mesmo contracto e devem porisso andar subordinados a uma só lei.

2.º) *Obrigações não convencionaes*. Estas obrigações podem derivar ou da *lei* ou de *quasi contractos* ou de *factos illicitos*.

As obrigações legaes são reguladas pela mesma lei que regula o facto que lhes dá origem. Assim, as obrigações dos tutores ou curadores são determinadas pela lei nacional dos incapazes como lei reguladora da tutela e da curatela, e as obrigações dos proprietarios vizinhos são reguladas pela lei da situação dos bens como a lei que preside á organização da propriedade territorial. Fixada a lei competente para regular uma determinada relação juridica, essa lei deve manter-se para re-

gular as consequencias determinadas pela constituição dessa mesma relação jurídica.

As obrigações provindas dos chamados quasi contractos são formadas sem o mutuo consenso dos interessados, derivam exclusivamente da auctoridade da lei e porisso devem ser reguladas pela legislação que melhor garanta o fim que semelhantes instituições têm em vista. Assim, o quasi contracto de *gestão de negocios* tem por fim proteger um proprietario negligente ou impedido, é uma instituição semelhante á da tutela e porisso as consequencias da gestão deverão ser reguladas pela lei nacional do proprietario. O quasi contracto de *repetitio indebiti*, ou de restituição do que foi indevidamente pago, tem por fim realizar a regra de justiça elementar segundo a qual deve ser dado a cada um o que é seu e, no caso de má fé do que recebeu indevidamente, reprimir a fraude, e como tal deve ser regulado pela lei do logar onde o pagamento for realizado como lei de ordem publica competente para assegurar a realização dos principios elementares de justiça e evitar a pratica de actos fraudulentos.

As obrigações originadas por delictos ou por quasi delictos são reguladas pela lei do logar onde for praticado o acto illicito como lei de ordem publica pelas razões já conhecidas.

Ultimaremos estas ligeiras indicações acerca da lei reguladora das obrigações, formulando o principio geral relativo á lei que deve regular a prescripção como meio de extinguir as mesmas obrigações.

A prescripção acquisitiva de moveis ou immoveis deve ser regulada pela *lex rei sitae* como lei competente para regular a organização da propriedade, já que a prescripção tem por fim garantir a certeza da propriedade ou a segurança das transacções, sempre um fim de interesse publico.

A prescripção extinctiva ou liberatoria, cuja função é a ex-

tinção das obrigações não cumpridas dentro dum determinado prazo, deve ser regulada pela mesma lei que regula a respectiva relação jurídica. A lei á sombra da qual nasce a obrigação é logicamente a lei que determina o momento em que acaba a sua exigibilidade. Contudo, porque a duração maxima da prescrição extinctiva constitue um preceito de ordem publica, o prazo maximo da prescrição não pederá ir além do estabelecido pela *lex fori*.

§ IV

Lei reguladora da forma dos actos juridicos ¹

SUMMARY:—310. O principio *locus regit actum*. Sua extensão.—311. Fundamento do principio. Lei competente para regular a forma externa dos actos juridicos. — 312. Caracter facultativo ou obrigatorio do principio. — 313. Lei reguladora da forma externa dos actos juridicos segundo o direito portuguezs.

310. Para ultimar a exposição dos principios geraes relativos á resolução dos conflictos de leis, resta-nos falar do regimen internacional da forma externa dos actos juridicos.

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 468 e segg., e *Droit international privé*, pagg. 337 e segg.; DESPAGNET, *ob. cit.*, pag. 458 e segg.; WEISS, *Manuel cit.*, pagg. 375 e segg., e *Traité théorique et pratique cit.*, tom. III, pagg. 96 e segg.; FIORI, *ob. cit.*, pagg. 238 e segg.; BUZZATI, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*, Torino, 1894; Sr. dr. TEIXEIRA D'ABREU, *ob. cit.*, pag. 75 e segg.; Sr. dr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, nos *Estudos Juridicos*, anno 1.º, n.º 1 a 3; Sr. dr. J. J. TAVARES, *Successões*, Coimbra, 1904, pagg. 684 e segg.; etc.

Logo com os primeiros juriconsultos estatutarios appareceu o principio informador da sciencia do direito internacional privado sobre a lei reguladora da forma dos actos, principio expresso no adagio *locus regit actum*, que significa que a forma dos actos juridicos é regulada pela lei do logar da sua celebração.

O principio *locus regit actum* abrange exclusivamente a *forma extrinseca* do acto juridico, excluindo o que alguns auctores chamam a *forma intrinseca* do acto, que não é mais que o conjuncto das *condições de fundo* do mesmo acto, como a capacidade, consentimento, objecto, etc., as quaes são reguladas pela lei competente segundo os principios já estudados.

Exclue igualmente as *formalidades habilitantes*, que são destinadas a pôr um incapaz em condição de praticar actos juridicos, como a auctorização de tutor em relação ao pupillo, a auctorização do marido em relação á mulher, etc. Semelhantes formalidades destinam-se á protecção dos incapazes e são porisso reguladas pela sua lei pessoal.

Exclue ainda as *formalidades executivas*, destinadas a tornar effectivas judicialmente as obrigações creadas pelos actos juridicos, que são regulados pela *lex fori* como formalidades de processo.

Exclue, por fim, as *formalidades de publicação* dos actos juridicos tendentes a assegurar o credito publico e os direitos de terceiro, que devem ser regulados pelas leis que melhor assegurem o fim da publicidade.

A regra *locus regit actum* inclue, portanto, apenas a forma como meio de tornar *visivel* o acto juridico, de constatar a sua existencia e de facilitar a sua prova quando contestado. Em tal sentido, consiste a forma do acto — ora na intervenção dum official publico, ora na redacção dum documento, ora

em certas medidas de publicidade, como a presença de testemunhas.

A forma dos actos jurídicos pode, porém, desempenhar uma dupla função. Uma vez é apenas destinada *ad probationem*, para dar certeza ao acto e assegurar a sua prova perante os tribunales. Outras é exigida *ad solemnitatem*, para assegurar ao acto a sua validade e conferir aos direitos das partes a sua existencia, por maneira que a falta da solemnidade legal determina a nullidade do acto, como acontece no direito portuguez, por exemplo, com a compra de immoveis de valor superior a 50\$000 reis, que só pode ser feita por escriptura publica (cod. civil, art. 1590, § 2.º).

A primeira hypothese entra, indubitavelmente, segundo o conceito de todos os escriptores, no dominio do principio *locus regit actum*, que, neste ponto, adquiriu, por força dum costume internacional constante, auctoridade geral.

Quanto á segunda hypothese, já se dividem as opiniões. Uns seguem o systema rigoroso de que, sendo a solemnidade em tal caso um elemento essencial do acto juridico, o acto praticado sem essa solemnidade será nullo nos países em que seja exigida a mesma solemnidade. Assim, num país em que seja exigido documento authenticico para a validade dum determinado acto, não deveria considerar-se valido esse acto celebrado em país estrangeiro por meio de documento particular. Requerem em tal caso a authenticidade, embora os requisitos da authenticidade sejam os determinados pela lei do logar da celebração. Semelhante doutrina podia, porém, conduzir a inutilizar o destino pratico do principio *locus regit actum*, impossibilitando os expatriados de realizarem actos juridicos para cuja validade a lei do seu país exigisse a authenticidade e aos quaes, segundo as leis locaes, não pudesse ser dada essa authenticidade, e porisso, a generalidade dos aucto-

res segue a doutrina de que a regra *locus regit actum* é applicavel tanto á forma meio de prova como á forma selemnidade, de modo a dever considerar-se valido o acto celebrado por documento particular quando pela lei local esse documento é sufficiente, embora nos países onde o acto venha a tornar-se effectivo sejá exigido para a sua validade um documento authenticico.

A doutrina geral é, pois, que a regra *locus regit actum* abrange apenas as formalidades extrinsecas, mas domina egualmente os actos privados, os actos authenticicos e os actos solemnes.

311. Qual será o fundamento do principio tão geralmente reconhecido?

A regra *locus regit actum* reconhece a competencia da lei do logar da celebração para regular a forma externa dos actos e attribue effeito exterritorial aos actos formalmente harmonicos com essa lei. Será, porém, a *lex loci* aquella que melhor traduz o fim social das leis de forma e portanto a normalmente competente segundo os principios geraes que deixamos estabelecidos?

A forma dos actos interessa, como nota PILLET, cumulativamente a tres estados, ao estado da celebração, ao estado de que as partes são nacionaes e ao estado cujos juizes tenham de apreciar o acto. Interessa ao primeiro, pois a forma a seguir na pratica dos actos juridicos representa um elemento de ordem a que a legislação do estado não pode ser indifferente; interessa ao segundo, porisso que a forma dos actos juridicos constitue um meio de protecção dos seus nacionaes emquanto dá certeza aos seus direitos e garante a conservação dos mesmos direitos; interessa finalmente ao terceiro, já que o emprego de formas determinadas facilita a missão dos juizes e deminue as causas de erro que acompanham as suas funcções.

Ora, na impossibilidade de applicar as leis de forma de todos estes estados, deverá considerar-se como competente a de effeito social mais util ou a que melhor traduza o destino das formalidades dos actos juridicos.

Sendo assim, a competencia parece pertencer á *lex fori*, pois a organização das formas tem por fim a melhor administração da justiça e quando não ha contestação judicial as formas deixam de ter valor. Comtudo, semelhante principio de competencia não resolve a questão, pois ao praticar um acto juridico não é possível prever o juizo que virá a apreciá-lo. A competencia tem de derivar para a lei nacional dos interessados ou para a *lex loci*. A lei nacional não poderia ainda satisfazer regularmente ao destino social das formas nas relações internacionaes. Em primeiro logar seria frequente o caso de se encontrarem num acto juridico individuos de differentes estados com leis de forma tambem differentes e portanto inapplicaveis conjuntamente ao mesmo acto. Depois, seria impossivel ao individuo praticar actos juridicos fóra do seu país sempre que não houvesse no estado local funcionario *competente* para receber os seus actos em harmonia com a sua lei nacional, o que constituiria um evidente obstaculo á pratica das relações internacionaes de ordem privada. Só a lei local, portanto, pode preencher efficazmente o fim util da forma dos actos juridicos. A *lex fori* é de applicação impossivel, a lei nacional é insufficiente, a *lex loci* satisfaz ás legitimas exigencias do commercio internacional, tanto mais que deve suppor-se que essa lei organiza a forma dos actos juridicos em harmonia com as justas necessidades da certeza e conservação dos direitos individuaes.

312. Mas deverá o principio *locus regit actum* considerar-se obrigatorio ou deverá ser tido como meramente facultativo?

A maioria dos auctores decide-se pelo caracter facultativo do principio, isto é, admitte a doutrina de que o individuo fóra do seu país pode praticar os actos juridicos segundo a forma estabelecida pela lei local ou segundo a forma estabelecida pela sua lei nacional quando a pratica desta lei seja materialmente possivel.

E esta doutrina anteolha se-nos a mais razoavel. As leis do forma não entram nas leis de ordem publica, como bem o mostra a circumstancia de, umas vezes, o rigor da forma ser attenuado, o que acontece em direito commercial onde ha menos rigor formal que em direito civil, e de, outras vezes, a forma admittir equivalentes e substitutivos, como a confissão e juramento das partes. São antes leis destinadas a proteger os interesses das partes e porisso deve admittir-se o emprego da forma da lei nacional quando esse emprego seja possivel. E a tendencia geral do direito moderno pode dizer-se nesse sentido.

O reconhecimento das funcções notariaes dos consules não é mais que a consagração do caracter facultativo do principio *locus regit actum* para os actos que exigem a intervenção dum official publico.

Mas, fóra da competencia consular, a applicação da lei nacional dos interessados só poderá ter logar nos actos privados, ou unilateraes ou quando a lei das partes for identica. Os actos authenticos recebidos pelos funcionarios locais são regulados pela *lex loci*, pois que o exercicio das funcções publicas está sujeito ás leis territoriaes, e a divergencia da lei nacional dos interessados torna o principio *locus regit actum* naturalmente imperativo para os seus actos privados. É neste sentido o projecto da conferencia da Haya de 1893 sobre a forma externa dos actos: «A forma dos actos é regulada pela lei do logar em que são praticados. Todavia, os *actos privados* podem ser

celebrados na forma admittida pelas leis nacionaes identicas de todas as partes» ¹.

313. O direito portugûes, como a legislação ou a jurisprudencia de todos os países, reconhece claramente o principio *locus rêgit actum*. É o que resulta dos artt. 24.º, 1065.º, 1085.º, 1106.º, 1961.º, 1965.º, 2430.º e 2479.º do codigo civil, do art. 213.º do codigo do processo civil, do art. 4.º, n.º 3.º, do codigo commercial, e dos artt. 89.º e 90.º do regulamento consular.

O principio geral está estabelecido no art. 24.º do codigo civil, que, referindo-se aos portuguezes que viajam ou residem em país estrangeiro, determina que — «a forma externa dos actos *será* todavia regida pela lei do país onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario», e no art. 4.º do codigo commercial, que dispõe que os actos de commercio *serão* regulados, quanto á forma externa, pela lei do logar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

a) O principio applica-se tanto aos actos de portuguezes em país estrangeiro, para os quaes é expresso o art. 24.º, como aos actos dos portuguezes em Portugal, pois é para esses actos normalmente destinada a lei portuguesa sobre a forma dos actos, como aos actos de estrangeiros em país estrangeiro ou no reino, já porque o codigo commercial fala de modo generico não distinguindo entre pessoas ou entre logares e a sua disposição poderia applicar-se por analogia ao direito civil, já porque o mesmo codigo civil reconhece a applicação do principio aos actos de estrangeiros em país estrangeiro, como se

¹ *Actes*, pag. 55.

vê do art. 1085.º, que auctoriza a provar o casamento contraído em país estrangeiro por qualquer meio de prova, se nesse país taes actos não estiverem sujeitos a registo regular e authenticico, e do art. 1965.º, que dá effectos em Portugal ao testamento de estrangeiro feito em país estrangeiro quando se conforme com a lei do país onde for feito, bem como a reconhece quanto aos actos de estrangeiros no reino tanto pelo principio geral da equiparação entre nacionaes e estrangeiros, quando a lei não disponha o contrario, como pela logica reciprocidade a inferir do art. 24.º

b) O principio applica-se tanto a actos authenticicos como a actos particulares. Nem o codigo civil nem o codigo de commercio fazem distincção e porisso o principio tem de applicar-se em toda a generalidade.

c) O principio abrange tanto a forma *ad probationem* como a forma *ad solemnitatem*, não só porque os codigos civil e commercial falam em geral da forma externa dos actos juridicos, mas ainda porque, por um lado, o codigo civil permittiu que um dos actos mais solemnnes do direito portuguez — o casamento — pudesse ser provado por qualquer meio de prova (art. 1085.º) e indicou os actos solemnnes que ainda em país estrangeiro deviam ser celebrados por uma forma authenticica — o contracto de casamento entre portuguezes (art. 1106.º) e o testamento feito por portuguezes em país estrangeiro (art. 1961.º).

d) O principio é limitado pelas excepções determinadas na lei. Estas excepções são de duas ordens. Umas são as constituidas pelos octos que, em harmonia com as convenções ou segundo as leis consulares portuguezas, podem ser praticadas pelos consules portuguezes nos diversos países. Outras são as expressamente determinadas na lei quanto a certos e determinados actos, como o estabelece o codigo civil quanto ao contracto de casamento e quanto ao testamento de portuguezes em país es-

trangeiro, que só podem ser celebrados por uma forma authentica ou perante os consules portuguezes ou segundo a forma de authenticidade estabelecida no estado local (art. 1106.º e 1961.º), e como o estabelece tambem o codigo commercial — quanto ao rol da equipagem do navio portugûes, contracto que deve ser feito perante o funcionario consular portugûes ou, na falta deste, escripto e assignado no diario da navegação (art. 516.º, §§ 2.º e 3.º),—e quanto á escriptura de hypotheca de navio portugûes que deve ser lavrada pelo funcionario consular portugûes e, na falta deste, constituida por escripto feito a bordo, com duas testemunhas, e lançado no livro da navegação (art. 591.º). Estas limitações do principio *locus regit actum* estabelecidas pelo codigo commercial, seriam escusadas, mas são inoffensivas, pois sempre se podem praticar os respectivos actos juridicos, ao passo que as estabelecidas pelo codigo civil quanto ao contracto de casamento e aos testamentos não encontram facil justificação e podem collocar os individuos na situação de não poderem praticar aquelles actos em país estrangeiro, o que se dará quando não houver no país consul portugûes ou forma authentica para celebração dos mesmos actos.

e) O principio tem no direito portugûes character obrigatorio. O codiga civil e o codigo commercial *mandam*, não *permittem*, seguir a forma da *lex loci*, pois dizem *será* e *serão*, formas claramente imperativas. Comtudo, tambem o direito portugûes tende para a transformação do principio em facultativo, reconhecendo os actos praticados por portuguezes nos consulados de Portugal segundo a lei portugûesa e reconhecendo os actos praticados por estrangeiros nos consulados do seu país e segundo a sua lei nacional. A realização desta tendencia devia completar-se com o reconhecimento da forma da lei nacional dos interessados sempre que a applicação dessa lei fosse possivel.

f) Os documentos escriptos em lingua estrangeira que forem expedidos por auctoridades estrangeiras só terão validade, tanto no juizo civil como no commercial, quando estiverem visados pelo funcionario diplomatico ou consular portuguez na respectiva nação e reconhecida a assignatura deste no ministerio dos negocios estrangeiros, e no juizo civil os documentos escriptos em lingua estrangeira só podem ser attendidos quando vierem acompanhadas de traducção authenticada pelo consul da nação respectiva, podendo comtudo a traducção ser feita por peritos quando não houver em Portugal consul da respectiva nação ¹.

¹Codigo do processo civil, artigo 213.º; codigo de processo commercial, artigo 30.º; Sr. dr. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Codigo completo de processo commercial*, 1, pag. 259.

CAPITULO IV

Theoria geral dos direitos adquiridos
em direito internacional privado

SUMMARY : — 314. Principio geral do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Seu fundamento. Sua aceitação pelo direito português.—315. Limitações do principio determinadas pelo modo de ser especial de cada estado. — 316. Condições e alcance da applicação geral do principio. — 317. A theoria dos direitos adquiridos e a execução das sentenças estrangeiras.

314. Como acima deixamos indicado, a organização logica do direito internacional privado abrange tres problemas fundamentaes, o problema da condição dos estrangeiros, o problema dos conflictos, e o problema do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Resta nos esboçar o estudo do terceiro problema, que consiste em determinar se um direito legitimamente adquirido num país deve ser reconhecido nos outros países e, no caso affirmativo, dentro de que limites pode ser admittido esse reconhecimento.

A questão — se um direito regularmente adquirido num estado deve ser respeitado pelos outros estados — tem sido tratada por poucos escriptores. Todavia, quando visada pelos internacionalistas modernos, por todos é resolvida affirmativamente. É o que tçem feito SCHAEFFNER, DICEY, VAREILLE

¹ PILLET, *Principes*, pagg. 495 e segg., e *Droit int. privé*, pagg. 349 e segg.; VAREILLES SOMMIÈRE, tom. II, pagg. 10 e segg.; DICEY, *Conflicts of laws*, pagg. 22 e 56; PERRUOD, *Des conséquences d'un changement de la loi personnelle*, no *J. D. I. P.*, 1905, pagg. 292 e segg.; etc.

SOMMIÈRE e PILLET, principalmente os dois últimos, que deram todo o relevo á questão e puseram bem em evidencia a a sua importancia entre os problemas do direito internacional privado.

E, effectivamente, a questão deve ser resolvida affirmativamente, tanto sob o ponto de vista dos interesses praticos como em face das bases scientificas do direito internacional privado.

O reconhecimento internacional dos direitos legitimamente adquiridos num determinado país é praticamente necessario, pois seriam completamente impossiveis as relações privadas internacionaes se uma simples mudança de país fosse bastante para despojar o individuo dos direitos e deveres que constituem a sua personalidade juridica; esse reconhecimento é scientificamente legitimo, pois os estados devem respeitar a soberania dos outros estados na sua existencia como principio e nas suas applicações quanto aos actos a que ella dá auctoridade e valor, e devem coordenar a sua independencia por maneira, que dêem efficaz segurança ás relações internacionaes de ordem privada, e nem aquelle respeito estaria garantido nem esta segurança existiria se os direitos adquiridos num estado não fossem reconhecidos pelos outros estados. O commercio internacional de ordem privada, que é a cooperação dos individuos na sociedade internacional, suppõe a permanencia dos direitos e deveres dos mesmos individuos fóra do seu país para que exista a confiança mutua necessaria ás suas relações. «Todo o estado, conclue justamente PILLET, deve, em regra, assegurar dentro do seu territorio o respeito e a observancia dos direitos adquiridos no estrangeiro. Esta *lei* pode ser qualificada como um dos fundamentos do direito internacional privado».

O principio do reconhecimento internacional dos direitos legitimamente adquiridos foi claramente admittido pelas leis portuguezas, como se vê dos artt. 24.º, 25.º, 28.º, 31.º, 964.º, 1065.º, 1066.º, 1085.º, 1106.º, 1107.º, 1961.º, 1965.º e 2479.º

do código civil, 4.º, 5.º e 109.º do código commercial, 20.º, 21.º, § 4.º, n.º 2.º, 213.º e 1087.º a 1091.º do código do processo civil, e 8.º e 30.º do código de processo commercial, donde se vê a toda a evidencia que o legislador português reconheceu effectos juridicos aos actos legitimamente celebrados em país estrangeiro, quer esses actos sejam praticados por portugueses, quer sejam praticados por estrangeiros.

315. Embora scientificamente legitimo e praticamente justo, não pode o principio ser admittido com character absoluto, mas devem fazer-se-lhe as limitações exigidas pelo modo de ser especial de cada estado.

Uma primeira restricção a estabelecer é relativa ou á não existencia no estado local do direito adquirido em país estrangeiro ou á circumstancia de esse direito existir mas ser reservado aos nacionaes. Compreende-se que o estado não garanta aos estrangeiros direitos que as suas leis não admittem ou que apenas estabelecem em favor dos seus subditos. É o que acontecerá, por exemplo, com o direito de propriedade litteraria nos países em que essa forma de propriedade não seja reconhecida ou apenas aproveite aos nacionaes.

Outra limitação deriva da incompatibilidade do direito adquirido em país estrangeiro com alguma lei de ordem publica do estado local. Se um direito não pode ser adquirido no país por a isso se oppor uma lei de ordem publica, tambem ahí não poderá ser reconhecido quando adquirido em país estrangeiro, de contrario admittir-se-ia indirectamente o que directamente se prohibe.

Comtudo, a funcção do principio da ordem publica na theoria dos direitos adquiridos é differente da pelo mesmo principio exercida na theoria dos conflictos. Na theoria dos conflictos, o principio da ordem publica tem o valor de tornar internacionalmente nulos os actos praticados contra a'guma das suas

regras. Na theoria dos direitos adquiridos, o principio da ordem publica apenas tem o valor de paralyzar os effeitos do acto que sejam contrarios aos seus preceitos. Se o acto for legitimamente celebrado segundo as leis dum determinado estado é internacionalmente valido e só não produzirá effeitos nos estados onde esses effeitos forem contrarios ás leis de ordem publica. Podem até alguns dos effeitos dum acto, que seria nullo quando celebrado no estado local, mas que é valido segundo as leis do país onde foi praticado, ser reconhecidos no estado local, se taes effeitos forem compatíveis com as leis de ordem publica. É o que se dará, por exemplo, nos países monogamicos, relativamente ao reconhecimento da legitimidade dos filhos de marido polygamo, quando o casamento polygamico seja legitimamente celebrado segundo as leis dum país que admitta a polygamia.

316. Formulado o principio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos e determinados os seus limites, indiquemos as condições e regras da sua applicação.

A regra geral de applicação do principio é, que um direito *regularmente adquirido* num país deve ser respeitado e executado nos outros países, quando não exista algumas das restricções acima apontadas.

A regularidade da aquisição, como condição do reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro, deve, porém, ser considerada sob o ponto de vista internacional. É a *regularidade internacional* da aquisição dum direito varia segundo esse direito tenha uma origem puramente interior ou uma origem internacional.

Quando um direito tem uma origem meramente nacional, isto é, quando o direito se constisue sem que haja conflicto de leis, a sua aquisição será regular se se conformar com as leis do país onde o direito se constituiu.

Quando a origem dum direito é de caracter internacional, isto é, quando o direito se constitue havendo conflicto de leis por a respectiva relação juridica ter desde o seu principio aspecto internacional, a aquisição de tal direito será regular se o conflicto tiver sido resolvido em harmonia com as regras do direito internacional privado applicando-se a lei que no caso era competente. Mas, se os dois estados interessados na questão, isto é, o estado onde o direito nasceu e o estado onde se pede o seu reconhecimento, não seguirem os mesmos principios de direito internacional privado, a qual dos systemas de direito internacional deverá ser conforme a aquisição do direito, ao systema do estado da origem ou ao systema do estado do reconhecimento? Deve ser conforme ao systema do estado do reconhecimento, pois que os preceitos de direito internacional privado são de ordem publica e um estado não pode considerar legitimos os direitos adquiridos pela applicação de principios de direito internacional differentes dos seus.

Como desinvolvimento da regra estabelecida, ainda deve dizer-se que o direito regularmente adquirido num pais deve ser reconhecido nos outros paises tal como elle for constituido no pais de origem e não como um direito novo sujeito a um regimen differente, sendo pela lei estrangeira que presidiu á sua aquisição que deve determinar se a sua natureza, a sua amplitude e as suas consequencias.

Mas até quando deverão ser respeitados os direitos legitimamente adquiridos? Até serem juridicamente extinctos ou substituidos por outros direitos que igualmente devam ser considerados como regularmente adquiridos sob o ponto de vista internacional. Se, porisso, um direito não desaparece, mas apenas se transforma ou modifica, se estas transformações ou modificações forem acompanhadas de regularidade internacional, o antigo direito deve ser reconhecido e respeitado sob a fórmula nova que lhe tiver sido dada. Em resumo, pois, diremos com PILLET,

um direito regularmente adquirido sob o ponto de vista internacional deve ser respeitado enquanto não fôr substituído por um outro direito também regularmente adquirido sob o ponto de vista internacional: subsiste mesmo quando uma relação jurídica nova tende a paralisá-lo, se tal relação não tem os caracteres dos direitos regularmente adquiridos.

Esta consequência do princípio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos torna fácil a resolução de algumas questões de direito internacional privado, entre as quaes interessa lembrar, com o auctor citado, a questão relativa ao direito de um dos conjuges pedir o divórcio quando o outro conjuge não tem esse direito e a questão relativa á falta de nacionalidade ou á existencia de duas nacionalidades. A primeira questão consiste em saber se, estando os conjuges sujeitos a uma lei que não admite o divórcio e naturalizando-se um delles num país cuja lei o permite, este conjuge pode usar do direito de divórcio que lhe confere a sua nova legislação. A solução deve ser negativa. O casamento indissolúvel como relação jurídica regularmente estabelecida entre os dois esposos não pode ser substituído pelo direito unilateral de só um dos conjuges poder divorciar-se, por o outro não ter esse direito. O direito adquirido do estado de casamento só poderia ser substituído pelo direito adquirido de divórcio para ambos os conjuges. A questão da falta de nacionalidade, se o *heimathlos* já tiver tido uma nacionalidade primitiva que perdeu, deve ser resolvida no sentido de o considerar como conservando essa nacionalidade como um direito internacionalmente adquirido ainda não substituído por outro também regularmente adquirido sob o ponto de vista internacional. A questão de duas nacionalidades successivamente adquiridas, que, em cada um dos estados de que o individuo seja nacional, só pode ser resolvida no sentido de o considerar cidadão do estado respectivo, em terceiros estados, e na falta dum indicador seguro da preferéncia do interessado, deve

ser decidida no sentido de lhe attribuir a sua nacionalidade primitiva como representando um direito adquirido não regularmente substituído.

Ao lado do caso principal da applicação do principio do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos, que temos estudado até aqui e consiste em determinar o valor dos direitos adquiridos num país quando o seu titular quer torná-los effectivos noutro país, consideraremos o caso especial de *mudança internacional* da lei reguladora duma determinada relação jurídica, como a mudança da lei pessoal por o individuo adquirir uma nova nacionalidade quer por um acto voluntario de naturalização quer por um motivo superior de annexação, para determinarmos a influencia que semelhante mudança pode exercer nas situações jurídicas anteriormente estabelecidas. Neste caso especial, o principio a assentar é que, se a situação jurídica estabelecida constitue um direito internacionalmente adquirido, nenhuma influencia deve exercer sobre ella a mudança da sua lei reguladora. Assim, o estado de esposo, de filho legítimo, de filho natural, creados sob o imperio duma determinada lei, não poderão ser destruidos só porque muda a lei pessoal dos interessados. O estado das pessoas deve considerar-se como um direito adquirido que a mudança da lei pessoal não pode modificar. Se, ao contrario, a situação jurídica constitue mera expectativa, uma simples aptidão, e não um direito adquirido, semelhante situação passa a ser regulada pela lei nova. Assim, se um individuo muda de nacionalidade, a sua capacidade, simples aptidão, passa a ser regulada pela sua nova lei pessoal.

317. Como indicação final da theoria dos direitos adquiridos em direito internacional privado, apontaremos as relações entre esta theoria e a execução das sentenças estrangeiras, procurando determinar se e em que termos um julgado es-

trangeiro constitue um direito internacionalmente adquirido para aquelle em favor de quem for pronunciado, isto é, se e em que termos um julgado estrangeiro deve ser respeitado e executado nos outros países.

Os estados, assim como devem respeitar-se na sua função legislativa e reconhecer os direitos adquiridos á sombra da autoridade das respectivas leis, assim tambem devem respeitar-se na sua função judiciaria e reconhecer-se mutuamente os julgados definitivos dos seus tribunaes. Deve, porisso, pôr-se de parte o systema, defendido por alguns escriptores, segundo o qual não pode reconhecer-se effeito algum aos julgados estrangeiros, devendo a causa ser de novo intentada perante os tribunaes locais, por estes discutida e resolvida, para o interessado poder obter uma sentença executoria no país. Semelhante systema, chamado systema da *revisão de mérito*, desconhece por completo o respeito mutuo das soberanias na organização e funcionamento da judicatura e porisso é manifestamente contrario aos principios de solidariedade que relacionam os estados modernos. Melhor acceitação não merece o systema da *reciprocidade de facto*, segundo o qual o estado deve executar as sentenças estrangeiras quando os estados onde ellas forem pronunciadas executarem as sentenças nacionaes, e o systema da *reciprocidade diplomatica*, em harmonia com o qual as sentenças estrangeiras só devem ser executadas quando o *direito* e a *fôrma* da execução sejam convencionalmente estabelecidos pelos estados interessados, pois taes systemas assentam numa razão de utilidade antes que numa razão de justiça internacional, estabelecem uma differença infundada entre os julgados dos tribunaes dos differentes países e não asseguram a necessaria certeza aos direitos dos individuos na ordem internacional ¹.

¹ Sr. dr. MARNOCO E SOUSA, *Execução extraterritorial das sentenças civeis e commerciaes*, Coimbra, 1898, pagg. 43 e segg.

Deverá, porém, conceder-se o *exequatur* ás sentenças estrangeiras *ipso jure*, sem as sujeitar a qualquer revisão ou exame por um tribunal local? Seria por vezes menosprezar os direitos da soberania do estado local, quando os julgados estrangeiros contrariassem as suas leis de interesse e ordem publica, e porisso se considera indispensavel sujeitar, no estado de execução, as sentenças proferidas nos outros estados a um juízo summario em que se verifique se ellas satisfazem ás condições necessarias á existencia da justiça internacional, isto é, em que se verifique se as sentenças estrangeiras obedecem á condição da *regularidade internacional*, para não lesarem os legitimos interesses do estado da execução. E uma sentença será internacionalmente regular :

1.º) Quando seja definitiva, tendo passado em julgado segundo as leis do país em que for proferida.

2.º) Quando tenha sido proferida por um tribunal competente segundo a organização judiciaria do estado do tribunal sentenciador. Ainda que o tribunal sentenciador seja competente segundo as leis do respectivo estado, se o estado de execução tornar as respectivas acções da competencia exclusiva dos tribunales nacionaes, semelhantes sentenças não poderão ser executadas como contrarias ás leis de ordem publica do mesmo estado de execução.

3.º) Quando proferida com *regularidade formal* pelo cumprimento das leis de processo do estado do tribunal sentenciador.

4.º) Quando esteja revestida das necessarias condições de authenticidade para haver a certeza da sua existencia.

5.º) Quando não seja contraria ás leis de ordem publica do estado local.

Limitado a verificar a regularidade internacional das sentenças estrangeiras, o juízo da revisão ou confirmação, chamado em tal caso pelos escriptores *juízo de delibação*, representa uma instituição conforme ás exigencias dos interesses de cada

estado e sufficientemente respeitadora dos legitimos interesses da comunidade internacional. E quando o juizo revisorio verifique a regularidade internacional dum julgado estrangeiro, o direito neste definido deve considerar-se como um direito internacionalmente adquirido e deve ser respeitado e executado no estado local.

E, neste ponto, o direito português seguiu a boa doutrina, como se vê dos artt. 1087.º e seguintes do codigo do processo civil. Este codigo, regulando o art. 31.º do codigo civil, que determinara que as sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis entre estrangeiros e portugueses poderiam ser executadas perante os tribunaes portugueses nos termos prescriptos no codigo de processo, e generalizando logicamente o preceito ás sentenças proferidas nas causas em que os litigantes forem ambos estrangeiros ou portugueses, consagrou estas disposições :

a) As sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros serão exequíveis no reino depois de revistas e confirmadas por alguma das relações com audiencia das partes interessadas e do ministerio publico, salvo quando outra cousa estiver estipulada em tratados ¹, sendo competente para esta revisão e confirmação a relação do districto em que o reu tiver domicilio, ou em que estiverem situados os bens se o reu não tiver domicilio no reino (codigo do processo civil, artt. 21.º, § 4.º, n.º 2.º, 1087.º e 1090.º).

b) Apresentada e distribuida a sentença, o relator mandará citar a parte para, em oito dias a contar da citação, deduzir por embargos a sua opposição, e os embargos poderão ser con-

¹ Vide: convenções da Haya sobre processo civil de 14 de novembro de 1896, artt. 12.º e 13.º e de 17 de julho de 1905, artt. 18.º e 19.º e sobre casamento de 12 de junho de 1902, art. 7.º

testados, em igual prazo, pelo apresentante da sentença, podendo servir de fundamento para a opposição: 1.º qualquer duvida sobre a authenticidade do documento ou intelligencia da sentença; 2.º não ter a sentença passado em julgado; 3.º ser a sentença proferida por tribunal incompetente; 4.º não terem sido as partes devidamente citadas, ou não se ter legalmente verificado a sua revelia quando deixassem de comparecer; 5.º conter a sentença decisões contrarias aos principios do direito publico portuguez, ou offensivas dos principios de ordem publica; 6.º ser a sentença proferida contra algum subdito portuguez em opposição aos principios de direito civil portuguez, quando por este devesse ser resolvida a questão (cod. cit., art. 1088.º e § 1.º).

c) Neste processo não é admissivel a producção de provas sobre o fundo da questão (cod. cit., art. 1088.º, § 2.º).

d) Em seguida á contestação ou findo o prazo em que podia ser deduzida, será o processo continuado com vista ás partes e ao ministerio publico para allegarem por escripto e com as allegações irá concluso ao relator e aos quatro juizes seguintes para o visto, realizando-se o julgamento em conferencia com a intervenção, pelo menos, de tres dos juizes que tiverem visto o processo, concedendo-se ou negando-se a confirmação por tres votos conformes (cod. cit., artt. 1089.º e 1049.º).

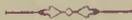
e) Confirmada a sentença, baixará o processo, ou o traslado quando se interpuser revista, ao juizo que for competente para a execução (cod. cit., art. 1091.º).

Como se vê, a lei portuguesa limita a função do juizo revisorio ao exame da regularidade formal e internacional das sentenças estrangeiras como preliminar da sua execução no reino e porisso coordena efficazmente os interesses do estado com as exigencias da communidade internacional.

Pode, porém, parecer que o codigo de processo foi longe de mais na determinação dos poderes do juizo revisorio, dan-

do-lhe no art. 1088.º, § 1.º, n.º 6.º, a faculdade de verificar se, sendo a sentença proferida contra algum subdito português, foram respeitados os principios do direito civil português, se por elles devesse ser resolvida a questão. Semelhante faculdade do juizo revisorio não constitue, todavia, um exaggero offensivo dos direitos do estado do tribunal sentenciador. Efectivamente, um julgado estrangeiro que devesse applicar a portuguezes o direito civil português é evidentemente um julgado sobre uma questão de direito internacional privado e os julgados estrangeiras sobre questões de direito internacional privado só poderão ser executados quando proferidos em harmonia com os preceitos de direito internacional privado sancionado pelas leis portuguezas, já que esses preceitos são de ordem publica e não poderão porisso ser executadas em Portugal as sentenças proferidas em contrario das suas disposições. O principio do art. 1088.º, § 1.º, n.º 6.º, o que está é formulado de modo insufficiente, pois devia abranger todas as sentenças estrangeiras, quaesquer que fossem os interessados, e seria até escusado, ja que o tribunal da revisão tem de verificar se a sentença é contraria aos principios de ordem publica e portanto de examinar se, versando ella sobre uma questão de direito internacional privado, foram applicados os preceitos deste direito formulados pelas leis portuguezas, para, no caso contrario, lhe denegar a confirmação.

Terminamos aqui as ligeiras referencias que pudemos fazer á theoria dos direitos adquiridos em direito internacional privado e em que quasi só resumimos as doutrinas do eminente professor PILLET, cuja obra deve ser estudada e meditada por todos que quizerem conhecer aquelle interessante problema.



APPENDICE I

Convenções de direito internacional privado da Haya,
de 14 de novembro de 1896, de 12 de junho de 1902
e de 17 de julho de 1905

I

Convenção de 14 de novembro de 1896, e protocollo adicional
de 22 de maio de 1897, relativa ao processo civil

(Tradução official)

a) Comunicação de actos judiciarios ou extra-judiciarios

Artigo 1.º Em materia civil ou commercial, as notificações de actos com destino ao estrangeiro far-se-ão nos Estados contratantes a requisição dos magistrados do ministerio publico ou dos tribunaes dum destes Estados, dirigida á auctoridade competente de outro dos mesmos Estados.

A transmissão far-se-á pela via diplomatica, a não ser que esteja admittida a communicação directa entre as auctoridades dos dois Estados.

Art. 2.º A notificação será feita por mandado da auctoridade requerida, e não poderá ser recusada, a não ser que o estado, em cujo territorio teria de se effectuar, a julgue attentatoria da sua soberania ou da sua segurança.

Art. 3.º Como prova da notificação, bastará um recibo datado e legalizado, ou um certificado da auctoridade requerida, consignando o facto e data da notificação.

O recibo ou certificado será transcripto ou junto a um dos duplicados, para esse fim transmittido, do acto a notificar.

Art. 4.º As disposições dos artigos precedentes não se oppõem :

1.º á faculdade de enviar quaesquer actos directamente, por via postal, aos interessados residentes no estrangeiro ;

2.º á faculdade dos interessados promoverem as notificações directamente pelos officiaes publicos ou funcionarios competentes do país de destino ;

3.º á faculdade de cada Estado promover, pelos seus agentes diplomaticos ou consulares, as notificações destinadas ao estrangeiro.

Em cada um destes casos, a faculdade prevista não existirá senão quando as leis dos Estados interessados ou as convenções celebradas entre elles a permittirem.

b) Cartas rogatorias

Art. 5.º Em materia civil ou commercial, a auctoridade judicial dum dos Estados contratantes poderá, em harmonia com as disposições da sua legislação, dirigir-se por carta rogatoria á auctoridade competente de outro Estado contratante, pedindo-lhe proceda, nos limites da sua jurisdição, a um acto de instrução ou a quaesquer outros actos judiciaes.

Art. 6.º A transmissão das cartas rogatorias far-se-á pela via diplomatica, a menos que não seja admittida a comunicação directa entre as auctoridades dos dois Estados.

Se a carta rogatoria não for redigida no idioma da auctoridade regada, deverá, salvo accordo em contrario, ser acompanhada de uma traducção feita no idioma convencionado entre os dois Estados interessados, e devidamente authenticada.

Art. 7.º A auctoridade judicial a quem for dirigida a rogatoria será obrigada a cumprí-la. Poderá contudo recusar-se a dar-lhe andamento :

1.º se a authenticidade do documento não estiver devidamente comprovada ;

2.º se a execução da carta rogatoria, no Estado a quem é dirigida, não couber nas attribuições do poder judicial.

Alem disso, essa execução poderá ser recusada, se o Estado em cujo territorio ella teria de se realizar, a julgar attentatoria da sua soberania ou da sua segurança.

Art. 8.º No caso de incompetencia da auctoridade rogada, a carta rogatoria será transmittida, de officio, á auctoridade judicial competente do mesmo Estado, segundo as regras estabelecidas pela legislação deste.

Art. 9.º Em todos os casos em que a carta rogatoria não fôr executada pela auctoridade rogada, esta avisará immediatamente a auctoridade rogante, indicando, no caso do art. 7.º, as razões por que foi recusada a execução da carta rogatoria, e, no caso do art. 8.º, a auctoridade a quem foi transmittida.

Art. 10.º A auctoridade judicial que der cumprimento a uma carta rogatoria, applicará as leis do seu país, pelo que respeita á fórma do processo.

Será, porém, deferido o pedido da auctoridade rogante no sentido de se proceder segundo uma fórma especial, ainda que não prevista pela legislação do Estado rogado, comtanto que a fórma de que se trata não seja prohibida por essa legislação.

c) Caução «judicatum solvi»

Art. 11.º Nenhuma caução ou deposito, sob qualquer denominação, póde ser exigido, com fundamento na qualidade de estrangeiro ou na falta de domicilio ou residencia no país, aos nacionaes de um dos Estados contratantes que, tendo o seu domicilio num desses Estados, forem auctores ou assistentes em processos perante os tribunaes de outro dos mesmos Estados.

Art. 12.º As condemnações em custas e despêsas do processo, proferidas num dos Estados contratantes contra o auctor ou assistentes dispensados da caução ou deposito, em virtude do art. 11.º ou da lei do Estado em que a acção é intentada, serão executorias em cada um dos Estados contratantes pela auctoridade competente, segundo a lei do país.

Art. 13.º A auctoridade competente limitar-se-á a examinar:

1.º se, em harmonia com a lei do país onde foi proferida a condemnação, a carta de sentença reúne as condições necessarias para a sua authenticidade;

2.º se, de accordo com a mesma lei, a sentença passou em julgado.

d) Assistencia judiciaria gratuita

Art. 14.º Os cidadãos de cada um dos Estados contratantes serão admittidos em todos os outros Estados contratantes a gosar do beneficio da assistencia judiciaria gratuita, como os nacionaes, desde que se conformem com a legislação do Estado onde reclamam a assistencia judiciaria gratuita.

Art. 15.º Em todos os casos, o certificado ou a declaração de indigência deve ser passado ou aceite pelas auctoridades da residencia habitual do estrangeiro, ou, na falta desta, pelas auctoridades da sua residencia actual.

Se o requerente não reside no país onde é formulada a petição, o certificado ou a declaração de indigência será legalizado gratuitamente por um agente diplomatico ou consular do país onde o documento tem de ser apresentado.

Art. 16.º A auctoridade competente, para passar o certificado ou receber a declaração de indigência, poderá solicitar das auctoridades dos outros Estados contratantes informações sobre o estado de fortuna do requerente.

A auctoridade encarregada de resolver sobre o pedido de assistência judiciaria gratuita conserva, nos limites das suas attribuições, o direito de verificar a exactidão dos certificados, declarações e informações que lhe são apresentados.

e) Prisão por dividas

Art. 17.º A prisão por dividas, seja como meio de execução, seja como simples medida conservatoria, não poderá, em materia civil ou commercial, ser applicada aos estrangeiros pertencentes a um dos Estados contratantes, nos casos em que não fôr applicavel aos nacionaes.

DISPOSIÇÕES FINAES

I. A presente convenção será ratificada. As ratificações serão depositadas na Haya o mais cedo possível.

II. Vigorará durante cinco annos, a contar da data do deposito das ratificações.

III. Será renovada tacitamente de cinco em cinco annos, salvo denunciação por alguma das Altas Partes Contratantes, no periodo de seis meses anterior á expiração daquelle prazo.

A denunciação só produzirá effeito em relação ao país ou países que a tiverem notificado. A convenção continuará executoria para os outros Estados.

IV. O protocollo de adhesão á presente convenção ficará aberto até 1 de janeiro de 1898, para as Potencias que tomaram parte na Conferencia da Haya, de junho a julho de 1894.

Em testemunho do que, os plenipotenciarios respectivos assignaram a presente convenção e lhe appuseram os seus sellos.

Feita na Haya, aos 14 de novembro de 1896, num só exemplar, que ficará depositado nos archivos do Governo dos Países Baixos, e do qual serão entregues, por via diplomatica, copias authenticas aos Estados signatarios ou adherentes.

PROTOCOLLO ADDICIONAL

Tendo os governos da Belgica, Hespanha, França, Italia, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Suissa, Estados signatarios da convenção de direito internacional privado, de 14 de novembro de 1896, e da Suecia e Noruega, Estados adherentes a esta convenção, julgado opportuno completar a dita convenção, os abaixo assignados, depois de se terem communicado os seus plenos poderes, achados em boa e devida fórma, concordaram nas disposições seguintes:

Ad art. 11.º Fica intendido que os nacionaes dum dos Estados contratantes, que tiver concluido com outro dos mesmos Estados uma convenção especial, pela qual a condição de domicilio, contida no art. 11.º, não seja exigida, serão, nos casos previstos por essa convenção especial e no Estado com o qual ella tiver sido celebrada, dispensados da caução e deposito mencionados no art. 11.º, ainda quando não tenham o seu domicilio num dos Estados contratantes.

Ad artt. I e II das disposições finais. O deposito das ratificações poderá realizar-se desde que a maioria das Altas Partes contratantes esteja em circumstancias de o fazer, lavrando-se uma acta de que serão entregues copias authenticas a todos os Estados contratantes.

A presente convenção entrará em vigor quatro semanas depois da data da referida acta.

O praso de cinco annos ajustado no art. II começará a correr dessa data, mesmo para as Potencias que fizerem o deposito em data posterior.

Ad art. III das disposições finais. As palavras «salvo denunciação num periodo de seis meses antes da expiração», etc., serão entendidas no sentido de que a denunciação deve realizar-se pelo menos seis meses antes da expiração.

O presente protocollo adicional fará parte integrante da convenção e será ratificado conjunctamente com ella.

Em testemunho do que, os plenipotenciarios respectivos assignaram o presente protocollo adicional e lhe appuseram os seus sellos.

Feito na Haya, aos 22 de maio de 1897, num só exemplar, que ficará depositado nos archivos do Governo dos Países Baixos, e de que serão entregues, pela via diplomatica, copias authenticas aos Estados signatarios ou adherentes.

II

Convenção de 12 de junho de 1902 para regular os conflictos de leis
em materia de casamento

(Tradução official)

Artigo 1.º O direito de contrair casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges, a menos que uma disposição dessa lei se não refira expressamente a outra lei.

Art. 2.º A lei do logar da celebração póde prohibir o casamento dos estrangeiros que fôr contrario ás suas disposições referentes:

1.º Aos graus de parentesco ou afinidade, para os quaes houver absoluta prohibição;

2.º Á prohibição absoluta de se casarem os culpados de adulterio, por effeito do qual tiver sido dissolvido o casamento dum delles;

3.º A prohibição absoluta de se casarem pessoas condemnadas por terem, de commum accordo, attentado contra a vida do conjuge duma dellas.

O casamento celebrado em contravenção de qualquer das prohibições supramencionadas não incorrerá em nullidade, comtanto que seja valido segundo a lei a que se refere o art. 1.º

Seb 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 de casamento anterior ou de obstaculo de ordem religiosa, fôr contrario ás suas leis. A violação dum impedimento desta natureza não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países que não aquelle em que o casamento houver sido celebrado.

Art. 3.º A lei do logar da celebração póde permittir o casamento dos estrangeiros sem embargo das prohibições da lei a que se refere o art. 1.º, quando essas prohibições forem exclusivamente fundadas em motivo de ordem religiosa.

Os outros Estados têm o direito de não reconhecer como valido o casamento celebrado nestas circunstancias.

Art. 4.º Para o seu casamento, devem os estrangeiros provar que satisfazem ás condições necessarias segundo a lei a que se refere o art. 1.º

Esta justificação far-se-á, ou mediante o certificado dos agentes diplomaticos ou consulares autorizados pelo Estado da nacionalidade dos contrahentes, ou por outro qualquer meio de prova, contanto que as convenções internacionaes ou as auctoridades do país da celebração reconheçam como sufficiente a justificação.

Art. 5.º Será, em toda a parte, reconhecido como valido, quanto á fórma, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se houver effectuado.

Fica todavia intendido que os países cuja legislação exige uma celebração religiosa poderão deixar de reconhecer como validos os casamentos contraídos pelos seus nacionaes no estrangeiro, com inobservancia desse preceito.

Deverão ser respeitadas as disposições da lei nacional em materia de publicações; mas a falta destas não poderá produzir a nullidade do casamento noutros países além daquelle cuja lei tiver sido violada.

Uma copia authentica do assento de casamento será transmittida ás auctoridades do país de cada um dos conjuges.

Art. 6.º Será em toda a parte reconhecido como valido, quanto á fórma, o casamento celebrado perante um agente diplomatico ou consular, em conformidade da sua legislação, se nenhum dos contraentes fór nacional do Estado em que o casamento houver sido celebrado, e se esse Estado a tal se não oppuser. Não poderá oppor-se-lhe, tratando-se de casamento que, em razão de casamento anterior ou de impedimento de ordem religiosa, fór contrario ás suas leis.

A reserva da segunda alinea do art. 5.º é applicavel aos casamentos diplomaticos ou consulares.

Art. 7.º O casamento, nullo quanto á fórma no país onde tiver sido celebrado, poderá contudo ser reconhecido como valido nos demais países, se tiver sido observada a fórma prescripta pela lei nacional de cada uma das partes.

Art. 8.º A presente Convenção não se applica senão aos casamentos celebrados no territorio dos Estados contratantes entre pessoas das quaes uma, pelo menos, seja nacional dum destes Estados.

Nenhum Estado se obriga, pela presente Convenção, a applicar lei que não seja a dum Estado contratante.

Art. 9.º A presente Convenção, applicavel somente aos territorios

europens dos Estados contratantes, será ratificada e as respectivas ratificações depositadas na Haya, logo que a maioria das Altas Partes contratantes para tanto se achem habilitadas.

Desse deposito será lavrada acta, de que, pela via diplomatica, será entregue a cada um dos Estados contratantes uma copia authentica

Art. 10.º Os Estados não signatarios que estiveram representados na terceira Conferencia de Direito Internacional Privado são admittidos a adherir pura e simplesmente á presente Convenção.

O Estado que desejar adherir notificará, até 31 de dezembro de 1904, inclusive, a sua intenção por documento que ficará depositado no archivo do Governo dos Países Baixos, que delle enviará a cada um dos Estados contratantes copia authentica, pela via diplomatica.

Art. 11.º A presente Convenção entrará em vigor no sexagesimo dia depois do deposito das ratificações ou da data da notificação das adhesões.

Art. 12.º A presente Convenção vigorará durante cinco annos, contados da data do deposito das ratificações.

Este prazo começará a correr desde a referida data, mesmo em relação aos Estados que ulteriormente fizerem o deposito ou adherirem.

A convenção será renovada tacitamente de cinco em cinco annos, salvo denunciação.

A denunciação deverá ser notificada seis menses, pelo menos, antes de findo o prazo a que se referem as alineas precedentes, ao Governo dos Países Baixos, que della dará conhecimento a todos os demais Estados contratantes.

A denunciação não produzirá effeito senão a respeito do Estado que a tiver notificado. A Convenção continuará executoria com referencia aos demais Estados.

III

Convenção de 12 de junho de 1902 para regular os conflictos de leis e de jurisdicções em materia de divorcio e de separação de pessoas

(Tradução official)

Artigo 1.º Os conjuges não poderão intentar acção de divorcio senão quando a sua lei nacional e a lei do logar em que a acção fôr intentada admittirem ambas o divorcio.

Esta disposição é extensiva á separação de pessoas.

Art. 2.º O divórcio não poderá ser requerido senão quando, no caso de que se tratar, fôr admittido a um tempo, posto que por causas diferentes, pela lei nacional dos conjuges e pela lei do logar em que a acção fôr intentada.

Esta disposição é extensiva á separação de pessoas.

Art. 3.º Sem embargo das disposições dos artt. 1.º e 2.º, sómente será applicada a lei nacional, se assim o preservar ou permittir a lei do logar onde a acção fôr intentada.

Art. 4.º A lei nacional indicada pelos artigos precedentes não poderá ser invocada para dar o caracter de causa de divórcio ou de separação de pessoas a um facto occorrido quando ambos os conjuges ou algum delles pertenciam a outra nacionalidade.

Art. 5.º A acção de divórcio ou de separação de pessoas poderá ser intentada:

1.º Perante a jurisdicção competente em conformidade da lei nacional dos conjuges;

2.º Perante a jurisdicção competente do logar onde os conjuges estiverem domiciliados. Se, conforme a sua legislação nacional, os conjuges não tiverem o mesmo domicilio, a jurisdicção competente será a do domicilio do reu. No caso de abandono e no de mudança de domicilio effectuada depois de se haver dado a causa de divórcio ou de separação de pessoas, poderá a acção tambem ser intentada perante a jurisdicção competente do ultimo domicilio commum. — Fica todavia reservada a jurisdicção nacional na medida em que esta jurisdicção fôr a unica competente para a acção de divórcio ou de separação de pessoas. A jurisdicção estrangeira subsiste competente quanto ao casamento em relação ao qual não puder ser intentada acção de divórcio ou de separação de pessoas perante a jurisdicção nacional competente.

Art. 6.º No caso de os conjuges não serem auctorizados a intentar acção de divórcio ou de separação de pessoas no país onde estiverem domiciliados, poderão contudo, tanto um como o outro, dirigir-se á jurisdicção competente desse país para solicitar as providencias provisórias que a sua legislação admittir na previsão de cessar a vida em commum.

Estas providencias serão mantidas, se, no prazo dum anno, fo. em confirmadas pela jurisdicção nacional; não podendo prolongar-se por mais tempo do que o permittir a lei do domicilio.

Art. 7.º O divórcio e a separação de pessoas julgados por um tribunal competente, nos termos do art. 5.º, serão reconhecidos em toda a parte,

sob a condição de haverem sido observadas as clausulas da presente Convenção, e de, no caso de a decisão ter sido proferida á revelia, o recu haver sido citado em conformidade das disposições especiaes exigidas pela sua lei nacional para reconhecimento dos julgados estrangeiros.

Serão reconhecidos igualmente em toda a parte o divorcio e a separação de pessoas julgados por uma jurisdição administrativa, se a lei de cada um dos conjuges reconhecer esse divorcio e essa separação.

Art. 8.º Se os conjuges não tiverem a mesma nacionalidade, deverá a sua última legislação commum ser considerada como sua lei nacional, para a applicação dos artigos precedentes.

Art. 9.º A presente Convenção não se applicará senão ás acções de divorcio ou de separação de pessoas intentadas num dos Estados contratantes, sendo um dos litigantes, pelo menos, o subdito ou cidadão de algum desses Estados. Nenhum Estado se obriga, pela presente Convenção, a applicar uma lei que não seja a de um Estado contratante.

Artt. 10.º, 11.º, 12.º e 13.º (Semelhantes aos artt. 9.º, 10.º, 11.º e 12.º da Convenção anterior).

IV

Convenção de 12 de junho de 1902 para regular a tutela de menores

(Traducção official)

Artigo 1.º A tutela do menor será regulada pela sua lei nacional.

Art. 2.º Se a lei nacional não tiver organizado a tutela no país do menor, na previsão do caso de este ter no estrangeiro a sua residencia habitual, poderá o agente diplomatico ou consular, auctorizado pelo Estado da nacionalidade do menor, prover á constituição da tutela, em conformidade da lei desse Estado, se a isso se não oppuser o Estado da residencia habitual do menor.

Art. 3.º Todavia a tutela do menor que tiver a sua residencia habitual no estrangeiro estabelecer-se-á e exercer-se-á em conformidade da lei do logar, se não for ou não puder ser constituida em conformidade das disposições do art. 1.º ou do art. 2.º.

Art. 4.º A existencia da tutela estabelecida em conformidade da disposiçõ do art. 3.º não tolherá o constituir-se nova tutela nos termos do art. 1.º ou do art. 2.º.

No mais breve prazo possível se dará informação desse facto ao Governo do Estado onde a tutela houver sido primitivamente organizada; o qual avisará a auctoridade que tiver instituido a tutela ou, na falta dessa auctoridade, o proprio tutor.

A legislação do Estado onde tiver sido organizada a antiga tutela determinará o momento em que essa tutela ha de findar no caso previsto no presente artigo.

Art. 5.º Em todos os casos, a tutela principiará e findará nas epochas e pelas causas determinadas na lei nacional do menor.

Art. 6.º A administração tutelar abrange a pessoa e a totalidade dos bens do menor, qualquer que seja o logar da sua situação.

Esta regra é susceptível de excepção quanto aos immoveis collocados pela lei da sua situação sob um regimen territorial especial.

Art. 7.º Enquanto se não organizar a tutela, bem como em todos os casos urgentes, poderão as auctoridades locais adoptar as providencias necessarias para a protecção da pessoa e dos interesses do estrangeiro de menor idade.

Art. 8.º As auctoridades do Estado em cujo territorio se achar um estrangeiro de menor idade, a respeito do qual se fizer mister organizar a tutela, informarão dessas circumstancias, logo que dellas tiverem conhecimento, as auctoridades do Estado a que o menor pertencer.

As auctoridades assim informadas participarão, o mais breve possível, ás auctoridades que as tiverem avisado, se a tutela foi ou vae ser organizada.

Art. 9.º A presente Convenção não se applicará senão á tutela dos menores que forem subditos ou cidadãos de um dos Estados contratantes, e tiverem a sua residencia habitual no territorio de um desses Estados.

Os artt. 7.º e 8.º da presente convenção serão contudo applicaveis a todos os menores que forem subditos ou cidadãos dos Estados contractantes.

Artt. 10.º, 11.º, 12.º e 13.º (Como os correspondentes da Convenção anterior).

V

Convenção de 17 de julho de 1905 relativa ao processo civil

I. — Communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires

Article 1. En matière civile ou commerciale, les significations d'actes à destination de personnes se trouvant à l'étranger se feront, dans les États contractants, sur une demande du consul de l'État requérant adressée à l'autorité qui sera désignée par l'État requis. La demande contenant l'indication de l'autorité de qui émane l'acte transmis, le nom et la qualité des parties, l'adresse du destinataire, la nature de l'acte dont il s'agit, doit être rédigée dans la langue de l'autorité requise. Cette autorité enverra au consul la pièce prouvant la signification ou indiquant le fait qui l'a empêchée.

Toutes les difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de la demande du consul seront réglées par la voie diplomatique.

Chaque État contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres États contractants, qu'il entend que la demande de signification à faire sur son territoire, contenant les mentions indiquées à l'alinéa 1^{er}, lui soit adressée par la voie diplomatique.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux États contractants s'entendent pour admettre la communication directe entre leurs autorités respectives.

Art. 2. La signification se fera par les soins de l'autorité compétente de l'État requis. Cette autorité, sauf les cas prévus dans l'art. 3, pourra se borner à effectuer la signification par la remise de l'acte au destinataire qui l'accepte volontairement.

Art. 3. Si l'acte à signifier est rédigé, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux États intéressés, ou s'il est accompagné d'une traduction dans l'une de ces langues, l'autorité requise, au cas où le désir lui en serait exprimé dans la demande, fera signifier l'acte dans la forme prescrite par sa législation intérieure pour l'exécution de significations analogues, ou dans une forme spéciale, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à cette législation. Si un pareil désir n'est pas exprimé, l'autorité requise cherchera d'abord à effectuer la remise dans les termes de l'art. 2.

Sauf entente contraire, la traduction prévue dans l'alinéa précédent sera certifiée conforme par l'agent diplomatique ou consulaire de l'État requérant ou par un traducteur assermenté de l'État requis.

Art. 4. L'exécution de la signification prévue par les art. 1, 2 et 3 ne pourra être refusée que si l'État, sur le territoire duquel elle devrait être faite, la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Art. 5. La preuve de la signification se fera au moyen, soit d'un récépissé daté et légalisé du destinataire, soit d'une attestation de l'autorité de l'État requis, constatant le fait, la forme et la date de la signification.

Si l'acte à signifier a été transmis en double exemplaire, le récépissé ou l'attestation doit se trouver sur l'un des doubles ou y être annexé.

Art. 6. Les dispositions des articles qui précèdent ne s'opposent pas :

1.^o A la faculté d'adresser directement par la voie de la poste des actes aux intéressés se trouvant à l'étranger;

2.^o A la faculté pour les intéressés de faire faire des significations directement par les soins des officiers ministériels ou des fonctionnaires compétents du pays de destination;

3.^o A la faculté pour chaque État de faire faire directement, par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires, les significations destinées aux personnes se trouvant à l'étranger.

Dans chacun de ces cas, la faculté prévue n'existe que si des conventions intervenues entre les États intéressés l'admettent ou si, à défaut de conventions, l'État sur le territoire duquel la signification doit être faite ne s'y oppose pas. Cet État ne pourra s'y opposer lorsque, dans le cas de l'alinéa 1^{er}, numéro 3, l'acte doit être signifié sans contrainte à un ressortissant de l'État requérant.

Art. 7. Les significations ne pourront donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit.

Toutefois, sauf entente contraire, l'État requis aura le droit d'exiger de l'État requérant le remboursement des frais occasionés par l'intervention d'un officier ministériel ou par l'emploi d'une forme spéciale dans les cas de l'art. 3.

II. — Commissions rogatoires

Art. 8. En matière civile ou commerciale, l'autorité judiciaire d'un État contractant pourra, conformément aux dispositions de sa législation, s'adresser par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un

autre État contractant pour lui demander de faire, dans son ressort, soit un acte d'instruction, soit d'autres actes judiciaires.

Art. 9. Les commissions rogatoires seront transmises par le consul de l'État requérant à l'autorité qui sera désignée par l'État requis. Cette autorité enverra au consul la pièce constatant l'exécution de la commission rogatoire ou indiquant le fait qui en a empêché l'exécution.

Toutes les difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de cette transmission seront réglées par la voie diplomatique.

Chaque État contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres États contractants, qu'il entend que les commissions rogatoires à exécuter sur son territoire lui soient transmises par la voie diplomatique.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux États contractants s'entendent pour admettre la transmission directe des commissions rogatoires entre leurs autorités respectives.

Art. 10. Sauf entente contraire, la commission rogatoire doit être rédigée, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux États intéressés, ou bien elle doit être accompagnée d'une traduction faite dans une de ces langues et certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'État requérant ou par un traducteur assermenté de l'État requis.

Art. 11. L'autorité judiciaire à laquelle la commission rogatoire est adressée sera obligée d'y satisfaire en usant des mêmes moyens de contrainte que pour l'exécution d'une commission des autorités de l'État requis ou d'une demande formée à cet effet par une partie intéressée. Ces moyens de contrainte ne sont pas nécessairement employés s'il s'agit de la comparution de parties en cause.

L'autorité requérant sera, si elle le demande, informée de la date et du lieu où il sera procédé à la mesure sollicitée, afin que la partie intéressée soit en état d'y assister.

L'exécution de la commission rogatoire ne pourra être refusée que :

- 1.° Si l'authenticité du document n'est pas établie ;
- 2.° Si, dans l'État requis, l'exécution de la commission rogatoire ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire ;
- 3.° Si l'État sur le territoire duquel l'exécution devrait avoir lieu la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Art. 12. En cas d'incompétence de l'autorité requise, la commission rogatoire sera transmise d'office à l'autorité judiciaire compétente du même État, suivant les règles établies par la législation de celui-ci.

Art. 13. Dans tous les cas où la commission rogatoire n'est pas exécutée par l'autorité requise, celle-ci en informera immédiatement l'autorité requérante, en indiquant, dans le cas de l'art. 11, les raisons pour lesquelles l'exécution de la commission rogatoire a été refusée et, dans le cas de l'article 12, l'autorité à laquelle la commission est transmise.

Art. 14 L'autorité judiciaire qui procède à l'exécution d'une commission rogatoire appliquera les lois de son pays, en ce qui concerne les formes à suivre.

Toutefois, il sera déféré à la demande de l'autorité requérante, tendant à ce qu'il soit procédé suivant une forme spéciale, pourvu que cette forme ne soit pas contraire à la législation de l'État requis.

Art. 15. Les dispositions des articles qui précèdent n'excluent pas la faculté pour chaque État de faire exécuter directement par ses agents diplomatiques ou consulaires les commissions rogatoires, si des conventions intervenues entre les États intéressés l'admettent ou si l'État sur le territoire duquel la commission rogatoire doit être exécutée ne s'y oppose pas.

Art. 16.° L'exécution des commissions rogatoires ne pourra donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit.

Toutefois, sauf entente contraire, l'État requis aura le droit d'exiger de l'État requérant le remboursement des indemnités payées aux témoins ou aux experts, ainsi que des frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel, rendue nécessaire parce que les témoins n'ont pas comparu volontairement, ou des frais résultant de l'application éventuelle de l'art. 14, alinéa 2.

III. — Caution «*judicatum solvi*»

Art. 17. Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé, à raison soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des États contractants, ayant leur domicile dans l'un de ces États, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces États.

La même règle s'applique au versement qui serait exigé des demandeurs ou intervenants pour garantir les frais judiciaires.

Les conventions par lesquelles des États contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution *judicatum solvi* ou du

versement des frais judiciaires sans condition de domicile continueront à s'appliquer.

Art. 18. Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans un des États contractants contre le demandeur ou l'intervenant dispensés de la caution, du dépôt ou du versement en vertu soit de l'art. 17, alinéas 1 et 2, soit de la loi de l'État où l'action est intentée, seront, sur une demande faite par la voie diplomatique, rendues gratuitement exécutoires par l'autorité compétente dans chacun des autres États contractants.

La même règle s'applique aux décisions judiciaires par lesquelles le montant des frais du procès est fixé ultérieurement.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux États contractants s'entendent pour permettre que la demande d'exequatur soit aussi faite directement par la partie intéressée.

Art. 19. Les décisions relatives aux frais et dépens seront déclarées exécutoires sans entendre les parties, mais sauf recours ultérieur de la partie condamnée, conformément à la législation du pays où l'exécution est poursuivie.

L'autorité compétente pour statuer sur la demande d'exequatur se bornera à examiner :

1.° Si, d'après la loi du pays où la condamnation a été prononcée, l'expédition de la décision réunit les conditions nécessaires à son authenticité ;

2.° Si, d'après la même loi, la décision est passée en force de chose jugée ;

3.° Si le dispositif de la décision est rédigé, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux États intéressés, ou bien s'il est accompagné d'une traduction, faite dans une de ces langues et, sauf entente contraire, certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'État requérant ou par un traducteur assermenté de l'État requis.

Pour satisfaire aux conditions prescrites par l'alinéa 2, numéros 1 et 2, il suffira d'une déclaration de l'autorité compétente de l'État requérant constatant que la décision est passée en force de chose jugée. La compétence de cette autorité sera, sauf entente contraire, certifiée par le plus haut fonctionnaire préposé à l'administration de la justice dans l'État requérant. La déclaration et le certificat dont il vient d'être parlé doivent être rédigés ou traduits conformément à la règle contenue dans l'alinéa 2, numéro 3.

IV.— Assistance judiciaire gratuite

Art. 20. Les ressortissants de chacun des États contractants seront admis dans tous les autres États contractants au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite, comme les nationaux eux-mêmes, en se conformant à la législation de l'État où l'assistance judiciaire gratuite est réclamée.

Art. 21. Dans tous les cas, le certificat ou la déclaration d'indigence doit être délivré ou reçu par les autorités de la résidence habituelle de l'étranger, ou, à défaut de celles-ci, par les autorités de sa résidence actuelle. Dans le cas où ces dernières autorités n'appartiendraient pas à un État contractant et ne recevraient pas ou ne délivreraient pas des certificats ou des déclarations de cette nature, il suffira d'un certificat ou d'une déclaration, délivré ou reçu par un agent diplomatique ou consulaire du pays auquel l'étranger appartient.

Si le requérant ne réside pas dans le pays où la demande est formée, le certificat ou la déclaration d'indigence sera légalisé gratuitement par un agent diplomatique ou consulaire du pays où le document doit être produit.

Art. 22. L'autorité compétente pour délivrer le certificat ou recevoir la déclaration d'indigence pourra prendre des renseignements sur la situation de fortune du requérant auprès des autorités des autres États contractants.

L'autorité chargée de statuer sur la demande d'assistance judiciaire gratuite conserve, dans les limites de ses attributions, le droit de contrôler les certificats, déclarations et renseignements qui lui sont fournis.

Art. 23. Si le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite a été accordé au ressortissant d'un des États contractants, les significations relatives au même procès qui seraient à faire dans un autre de ces États ne pourront donner lieu qu'au remboursement par l'État requérant à l'État requis des frais occasionnés par l'emploi d'une forme spéciale en vertu de l'art. 3.

Dans le même cas, l'exécution de commissions rogatoires ne donnera lieu qu'au remboursement par l'État requérant à l'État requis des indemnités payées aux témoins ou aux experts, ainsi que des frais nécessités par l'application éventuelle de l'art. 14, alinéa 2.

V.— Contrainte par corps

Art. 24. La contrainte par corps, soit comme moyen d'exécution, soit

comme mesure simplement conservatoire, ne pourra pas, en matière civile ou commerciale, être appliquée aux étrangers appartenant à un des États contractants dans les cas où elle ne serait pas applicable aux ressortissants du pays. Un fait qui peut être invoqué par un ressortissant domicilié dans le pays, pour obtenir la levée de la contrainte par corps, doit produire le même effet au profit du ressortissant d'un État contractant, même si ce fait s'est produit à l'étranger.

VI. — Dispositions finales

Art. 25. La présente Convention sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à la Haye, dès que six des Hautes Parties Contractantes seront en mesure de le faire.

Il sera dressé de tout dépôt de ratifications un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des États contractants.

Art. 26. La présente Convention s'applique de plein droit aux territoires européens des États contractants.

Si un État contractant en désire la mise en vigueur dans ses territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou dans ses circonscriptions consulaires judiciaires, il notifiera son intention à cet effet par un acte, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants. La Convention entrera en vigueur dans les rapports entre les États qui répondront par une déclaration affirmative à cette notification et les territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, et les circonscriptions consulaires judiciaires, pour lesquels la notification aura été faite. La déclaration affirmative sera déposée, de même, dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas, qui en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.

Art. 27. Les États représentés à la quatrième Conférence de droit international privé sont admis à signer la présente Convention jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'art. 25, alinéa 1.^{er}.

Après ce dépôt, ils seront toujours admis à y adhérer purement et simplement. L'État qui désire adhérer notifie son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.

Art. 28. La présente Convention remplacera la Convention de droit international privé du 14 novembre 1896 et le Protocole Additionnel du 22 mai 1897.

Elle entrera en vigueur le soixantième jour à partir de la date où tous les États signataires ou adhérents de la Convention du 14 novembre 1896 auront déposé leurs ratifications de la présente Convention, et au plus tard le 27 avril 1909.

Dans le cas de l'art. 26, alinéa 2, elle entrera en vigueur quatre mois après la date de la déclaration affirmative et, dans le cas de l'art. 27, alinéa 2, le soixantième jour après la date de la notification des adhésions.

Il est entendu que les notifications prévues par l'art. 26, alinéa 2, ne pourront avoir lieu qu'après que la présente Convention aura été mise en vigueur conformément à l'alinéa 2 du présent article.

Art. 29. La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date indiquée dans l'art. 28, alinéa 2, pour sa mise en vigueur.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les États qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auront adhéré postérieurement et aussi en ce qui concerne les déclarations affirmatives faites en vertu de l'art. 26, alinéa 2.

La convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas 2 et 3, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres États

La dénonciation peut ne s'appliquer qu'aux territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou aussi aux circonscriptions consulaires judiciaires, compris dans une notification faite en vertu de l'art. 26, alinéa 2.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'État qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres États contractants.

VI

Convenção de 17 de julho de 1905 referente aos conflictos de leis relativos aos effeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos esposos nas suas relações pessoais e sobre os seus bens

I. — Les droits et les devoirs des époux
dans leurs rapports personnels

Article 1. Les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels sont régis par leur loi nationale.

Toutefois, ces droits et ces devoirs ne peuvent être sanctionnés que par les moyens que permet également la loi du pays où la sanction est requise.

II. — Les biens des époux

Art. 2. En l'absence de contract, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.

Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens.

Art. 3. La capacité de chacun des futurs époux pour conclure un contrat de mariage est déterminée par sa loi nationale au moment de la célébration du mariage.

Art. 4. La loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, soit faire un contrat de mariage, soit résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales.

Le changement qui serait fait au régime des biens ne peut pas avoir d'effet rétroactif au préjudice des tiers.

Art. 5. La validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, s'il a été conclu au cours du mariage, par la loi nationale des époux au moment du contrat de mariage.

Art. 6. Le contrat de mariage est valable quant à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la

célébration du mariage, ou encore, s'il a été conclu au cours du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux.

Lorsque la loi nationale de l'un des futurs époux ou, si le contrat est conclu au cours du mariage, la loi nationale de l'un des époux exige comme condition de validité que le contrat, même s'il est conclu en pays étranger, ait une forme déterminée, ses dispositions doivent être observées.

Art. 7. Les dispositions de la présente Convention ne sont pas applicables aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Art. 8.^o Chacun des États contractants se réserve :

1. d'exiger des formalités spéciales pour que le régime des biens puisse être invoqué contre les tiers ;

2. d'appliquer des dispositions ayant pour but de protéger les tiers dans leurs relations avec une femme mariée exerçant une profession sur le territoire de cet État.

Les États contractants s'engagent à se communiquer les dispositions légales applicables d'après le présent article.

III. — Dispositions générales

Art. 9. Si les époux ont acquis, au cours du mariage, une nouvelle et même nationalité, c'est leur nouvelle loi nationale qui sera appliquée dans les cas visés aux articles 1, 4 et 5.

S'il advient, au cours du mariage, que les époux n'aient pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précités, être considérée comme leur loi nationale.

Art. 10. La présente Convention n'aura pas d'application lorsque, d'après les articles précédents, la loi qui devrait être appliquée ne serait pas celle d'un État contractant.

Art. 11, 12, 13. (Semelhantes aos art. 25.^o, 26.^o e 27.^o da convenção anterior).

Art. 14. (Semelhante ás alíneas 2, 3 e 4 do art. 28.^o da convenção anterior).

Art. 15. (Semelhante ao art. 29.^o da convenção anterior).

VII

Convenção de 17 de julho de 1095 relativa á Interdição
e ás medidas de protecção analogas

Article 1. L'interdiction est régie par la loi nationale de la personne à interdire, sauf les dérogations à cette règle contenues dans les articles suivants.

Art. 2. L'interdiction ne peut être prononcée que par les autorités compétentes de l'État auquel la personne à interdire appartient par sa nationalité et la tutelle sera organisée selon la loi de cet État, sauf les cas prévus aux articles suivants.

Art. 3. Si, dans un des États contractants, un ressortissant d'un autre de ces États se trouve dans les conditions requises pour l'interdiction d'après sa loi nationale, toutes les mesures provisoires nécessaires pour la protection de sa personne et de ses biens pourront être prises par les autorités locales.

Avis en sera donné au Gouvernement de l'État dont il est le ressortissant.

Ces mesures prendront fin dès que les autorités locales recevront des autorités nationales l'avis que des mesures provisoires ont été prises ou que la situation de l'individu dont il s'agit a été réglée par un jugement.

Art. 4. Les autorités de l'État, sur le territoire duquel un étranger dans le cas d'être interdit aura sa résidence habituelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'État dont l'étranger est ressortissant, en communiquant la demande en interdiction dont elles seraient saisies et les mesures provisoires qui auraient été prises.

Art. 5. Les communications prévues aux articles 3 et 4 se feront par la voie diplomatique, à moins que la communication directe ne soit admise entre les autorités respectives.

Art. 6. Il sera sursis à toute mesure définitive dans le pays de la résidence habituelle tant que les autorités nationales n'auront pas répondu à la communication prévue dans l'article 4. Si les autorités nationales déclarent vouloir s'abstenir ou ne répondent pas dans le délai de six mois, les autorités de la résidence habituelle auront à statuer sur l'interdiction en tenant compte des obstacles qui, d'après la réponse des autorités nationales, empêcheraient l'interdiction dans le pays d'origine.

Art 7. Dans les cas où les autorités de la résidence habituelle sont compétentes en vertu de l'article précédent, la demande en interdiction peut être formée par les personnes et pour les causes admises à la fois par la loi nationale et par la loi de la résidence de l'étranger.

Art. 8. Lorsque l'interdiction a été prononcée par les autorités de la résidence habituelle, l'administration de la personne et des biens de l'interdit sera organisée selon la loi locale, et les effets de l'interdiction seront régis par la même loi.

Si, néanmoins, la loi nationale de l'interdit dispose que sa surveillance sera confiée de droit à une personne déterminée, cette disposition sera respectée autant que possible.

Art. 9. L'interdiction, prononcée par les autorités compétentes conformément aux dispositions qui précèdent, produira, en ce qui concerne la capacité de l'interdit et sa tutelle, ses effets dans tous les États contractants sans qu'il soit besoin d'un exequatur.

Toutefois les mesures de publicité, prescrites par la loi locale pour l'interdiction prononcée par les autorités du pays, pourront être déclarées par elle également applicables à l'interdiction qui aurait été prononcée par une autorité étrangère, ou remplacées par des mesures analogues. Les États contractants se communiqueront réciproquement, par l'intermédiaire du Gouvernement néerlandais, les dispositions qu'ils auraient prises à cet égard.

Art. 10. L'existence d'une tutelle établie conformément à l'article 8 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle conformément à la loi nationale.

Il sera, le plus tôt possible, donné avis de ce fait aux autorités de l'État où l'interdiction a été prononcée.

La loi de cet État décide à quel moment cesse la tutelle qui y avait été organisée. A partir de ce moment les effets de l'interdiction prononcée par les autorités étrangères seront régis par la loi nationale de l'interdit.

Art. 11. L'interdiction, prononcée, par les autorités de la résidence habituelle, pourra être levée par les autorités nationales conformément à leur loi.

Les autorités locales qui ont prononcé l'interdiction pourront également la lever pour tous les motifs prévus par la loi nationale ou par la loi locale. La demande peut être formée par tous ceux qui y sont autorisés par l'autre de ces lois.

Les décisions qui lèvent l'interdiction auront de plein droit leurs

effets dans tous les États contractants sans qu'il soit besoin d'un exequatur.

Art. 12. Les dispositions qui précèdent recevront leur application sans qu'il y ait à distinguer entre les meubles et les immeubles de l'incapable, sauf exception quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Art. 13. Les règles contenues dans la présente Convention sont communes à l'interdiction proprement dite, à l'institution d'une curatelle, à la nomination d'un conseil judiciaire, ainsi qu'à toutes autres mesures analogues en tant qu'elles entraînent une restriction de la capacité.

Art. 14. La présente Convention ne s'applique qu'à l'interdiction des ressortissants d'un des États contractants ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces États.

Toutefois l'article 3 de la présente Convention s'applique à tous les ressortissants des États contractants.

Artt. 15, 16, 17, 18 e 19. (Semelhantes aos artt. 11.º, 12.º, 13.º, 14.º e 15.º da convenção anterior).

VIII

Convenção de 17 de julho de 1905 sobre os conflictos de leis em materia de successões e de testamentos

Article 1. Les successions, en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les parts qui leur sont attribuées, les rapports, la quotité disponible et la réserve, sont soumises à la loi nationale du défunt, quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent.

La même règle s'applique à la validité intrinsèque et aux effets des dispositions testamentaires.

Art. 2. Les biens héréditaires ne sont acquis à l'État sur le territoire duquel ils se trouvent que s'il n'y a aucun ayant droit testamentaire ou, abstraction faite de l'État étranger, aucun successible *ab intestat* d'après la loi nationale du défunt.

Art. 3. Les testaments sont valables, quant à la forme, s'ils satisfont aux prescriptions, soit de la loi du lieu où ils sont faits, soit de la loi du pays auquel appartenait le défunt au moment où il disposait.

Néanmoins, lorsque, pour le testament fait par une personne hors de

son pays, sa loi nationale exige ou défend une forme déterminée, l'inobservation de cette règle peut entraîner la nullité du testament dans le pays dont le testateur était le sujet, sans empêcher, d'ailleurs, si le testament est conforme à la loi du lieu où il a été fait, que, là et dans les autres pays, il soit valable.

Sont valables, quant à la forme, les testaments des étrangers, s'ils ont été reçus, conformément à leur loi nationale, par les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'État dont ces étrangers étaient les ressortissants.

Art. 4. Les règles de l'article 1, alinéa 2, et de l'article 3, concernant une disposition testamentaire, sont également applicables à la révocation d'une pareille disposition.

Art. 5. Les autorités de l'État sur le territoire duquel se trouvent des biens appartenant à la succession pourront prendre les mesures nécessaires pour en assurer la conservation, à moins qu'il n'y soit pourvu, en vertu de conventions spéciales, par les agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'État dont le défunt était le ressortissant.

Art. 6. § 1. Est réservée l'application des lois territoriales qui ont exclusivement pour but d'empêcher la division des propriétés rurales, ainsi que l'application des lois relatives aux immeubles placés sous un régime foncier spécial.

§ 2. Est également réservée, dans chaque État, l'application des lois de cet État, d'une nature impérative ou prohibitive, concernant les matières qui seront indiquées d'un commun accord par les États contractants dans un protocole additionnel, destiné à être ratifié en même temps que la présente Convention.

§ 3. Pour profiter de la réserve prévue dans les paragraphes précédents, chaque Gouvernement doit communiquer au Gouvernement des Pays-Bas l'énumération des dispositions de ses lois qui, par dérogation aux règles de la présente Convention, seront applicables à toutes les successions, même à celles des ressortissants des autres États contractants. Cette énumération pourra toujours, dans les limites tracées aux paragraphes précédents, être modifiée suivant les convenances de chaque Gouvernement, qui fera également connaître sa détermination au Gouvernement des Pays-Bas. Ce Gouvernement transmettra, par la voie diplomatique, aux États contractants les communications dont il s'agit, en indiquant la date à laquelle il les aura reçues.

§ 4. Les dispositions réservées par un État en vertu des règles précédentes ne s'appliqueront qu'aux successions des ressortissants des autres

États contractants qui s'ouvriront soixante jours après la communication faite au Gouvernement des Pays-Bas.

§ 5. Les dispositions des paragraphes précédents ne sauraient autoriser un État contractant à soustraire à l'application de la loi nationale du défunt les immeubles non compris parmi ceux qui sont visés au paragraphe 1 ou à faire échec à l'application de l'article 7.

Art. 7. A l'égard des matières visées dans l'article 1, les étrangers, ressortissants de l'un des États contractants, sont entièrement assimilés aux nationaux. Seront, par conséquent, sans application dans les rapports des États contractants, les dispositions instituant au profit des ressortissants d'un État, sur les biens situés dans son territoire, des droits de prélèvement dont l'effet serait de modifier indirectement les règles posées dans la présente Convention.

Les dits droits de prélèvement seront au contraire maintenus, à titre de compensation, si, par suite de restrictions apportées au principe de l'application de la loi nationale du défunt, les sujets d'un État sont privés, quant aux biens situés dans le territoire d'un autre État, de tout ou partie du bénéfice des droits héréditaires qu'ils auraient eus d'après la loi nationale du défunt.

Art. 8. Aussitôt que possible après la signature de la présente Convention, les États contractants établiront d'un commun accord les règles concernant la compétence et la procédure en matière de successions et de testaments.

La convention contenant ces règles sera ratifiée en même temps que la présente Convention.

Art. 9. La présente Convention ne s'applique que dans le cas où le défunt, au moment de son décès, appartenait à un des États contractants.

Chacun des États contractants conserve la faculté d'avoir avec un État non-contractant une convention spéciale soumettant à une loi autre que la loi nationale les successions de ses ressortissants.

Si la présente Convention se trouve être, en tout ou en partie, incompatible avec une convention spéciale de ce genre, celle-ci s'appliquera entre les États qui l'auront conclue, sans qu'ils aient à tenir compte de la présente Convention. De leur côté, les autres États contractants pourront, dans ce cas, ne pas appliquer la présente Convention dans la mesure où elle se trouvera exclue par la convention spéciale.

Artt. 10, 11, 12, 13 e 14. (Semelhantes aos artt. 15.º, 16.º, 17.º, 18.º e 19.º da convenção anterior).

APPENDICE II

O regulamento international para evitar abalroamentos no mar vigente desde 1 de julho de 1897 e mencionado a pag. 411 foi substituido, a partir de 1 de maio de 1906, por um novo regulamento, proposto pelo governo inglês, e approvedo pelo governo português por decreto de 20 de janeiro do mesmo anno. (*Diario de Governo*, n.º 29, de 7 de fevereiro de 1906).

APPENDICE III

Em substituição e additamento ao que se diz a pagg. 674, 681 e 683, devemos notar que :

a) Posteriormente ao tratado de arbitragem entre a Dinamarca e a Italia, foi concluido o tratado de arbitragem entre Portugal e a Austria, de 13 de fevereiro de 1906.

b) O compromisso da arbitragem de Barotze foi assignado a 12 de agosto de 1903 e a respectiva sentença foi proferida a 30 de maio de 1905.

c) O tratado entre Portugal e a Italia foi assignado em 11 de maio de 1905.

APPENDICE IV

Em additamento á nota 1 de pag. 1019, veja-se : Convenção da Haya de direito internacional privado, de 17 de julho de 1905, sobre interdição e medidas de protecção analogas, artt. 9.º e 11.º

INDICE

LIVRO I NOÇÕES GERAES

I

Preliminares

CAPITULO I

Constituição evolutiva do direito internacional

§ I

Noção do direito internacional

SUMMARIO : — 1. Sociedade internacional : sua existencia, base positiva, esphera de acção e forma actual. — 2. Direito regulador da sociedade internacional : seu conceito e função geral. — 3. Condições da existencia do direito internacional. Fundamento geral deste direito..... Pag. 3-11.

§ II

As origens

(Desde a antiguidade até ao tratado de Westphalia)

SUMMARIO : — 4. Importancia do estudo da historia do direito internacional. Criterio a seguir nesse estudo. — 5. Periodos da historia do direito internacional. As origens e a organização. — 6. Origens orientaes : o isolamento hostile e os primeiros signaes da aproximação dos estados. — 7. Origens gregas : relações dos gregos com os *barbaros* e a *lei commum* das cidades hellenicis. — 8. Origens romanas : phases das relações de Roma com os outros povos ; a feição primitiva e as transformações posteriores até ao fim da república ; sentido e significação dessas transformações. — 9. Origens

romanas imperiaes : a unificação politica realizada pelo imperio romano. — 10. Origens medievas : tendencias de unificação politica — o imperio e o papado; circunstancias que auxiliaram na idade media a elaboração dos elementos organicos do direito internacional. — 11. Origens proximas : condições sociaes que conduziram ao tratado de Westphalia; a criação da sociedade internacional e a constituição regular do seu direito. Conclusão. Pag. 12-36.

§ III

A organização

(Desde o tratado de Westphalia até á actualidade)

SUMMARY : — 12. O equilibrio politico, como primeiro principio organizador da sociedade internacional, consagrado pelo congresso de Westphalia e expressamente formulado no congresso de Utrecht (1713). Persistencia daquelle principio como norma das relações internacionais. — 13. A revolução franceza e a *Declaração do direito das gentes*. — 14. O congresso de Vienna (1815), o principio da legitimidade, a Santa Alliança, a Pentarchia e a politica de intervenção. — 15. A afirmação do principio das nacionalidades como principio supremo do systema internacional. Outros principios que com elle concorreram para caracterizar a nova phase do direito internacional. Seu significado scientifico e historico e seu valor como base da organização da sociedade internacional. — 16. As tendencias actuaes. Conclusão. Pag. 36-65.

§ IV

A elaboração doutrinal

SUMMARY : — 17. O trabalho scientifico na formação do direito internacional. — 18. Periodo de elaboração fragmentaria. — 19. Periodo de organização. — Primeira phase — escola do direito natural. — 20. Segunda phase — escola historico-pratica ou o predominio das tendencias positivas. — 21. Terceira phase — escola do positivismo critico ou a approximação entre os dados da experiencia e as especulações philosophicas. — 22. Correntes doutrinaes sobre a situação dos estados dentro da sociedade internacional. Os principios da dependencia, da independencia e da interdependencia. — 23. Conclusões. Pag. 65-89

CAPITULO II

Principios geraes

§ I

Fundamento e natureza do direito internacional

SUMMARY: — 24. Genese natural do direito internacional. Sua base scientifica e função sociologica. — 25. Natureza positiva do direito internacional. Significado e valor do direito internacional scientifico. — 26. Natureza *juridica* do direito internacional. Referencia das razões adduzidas contra a sua existencia scientifica. — 27. O direito internacional e a falta dum poder legislativo que o declare. — 28. O direito internacional e a falta dum tribunal que o interprete e applique. — 29. O direito internacional e a falta duma sanção que lhe dê efficacia pratica. — 30. Solução final do problema. Pag. 90-111.

§ II

Modos de formação do direito internacional

SUMMARY: — 31. Caracter geral dos modos de formação do direito internacional. Sua classificação: — o costume e os tratados. — 32. *Costume*: noção e caracteres geraes. — 33. Importancia, vantagens e funções do costume como modo de formação do direito internacional. — 34. Meios de verificar a existencia e o alcance do costume internacional. — 35. Extensão da força obrigatoria das regras consuetudinarias internacionaes. — 36. *Tratados*: noção e classificação mais geraes. *Tratado-contracto* e *tratado-accordo*; *tratados especiaes* e *tratados geraes* ou *collectivos*: seu valor relativo como fonte do direito internacional. — 37. *Tratados reguladores* de direitos e interesses e *tratados declaradores* de preceitos de direito internacional. — 38. Desenvolvimento progressivo do direito internacional convencional. — 39. Amplitude da força imperativa dos tratados. — 40. Os pretendidos modos de formação do direito internacional além do costume e dos tratados. Sua significação e valor. — 41. Comparação entre o costume e os tratados. A direcção seguida pela evolução formal do direito internacional. Pag. 112-137.

§ III

Codificação do direito internacional

SUMMARIO: — 42. Origem do problema da codificação do direito internacional. Desenvolvimento progressivo das tendencias de codificação. — 43. Discussão do problema. Dificuldades e inconvenientes duma codificação completa. — 44. A codificação parcial e progressiva apoiada nos factos e suffragada pela doutrina. — 45. O melhor processo para realizar a codificação. — 46. A revisão periodica como meio de accomodar a codificação ás necessidades variaveis da vida internacional. Pag. 138-150

§ IV

Dominio objectivo do direito internacional

SUMMARIO: — 47. O direito internacional e o direito nacional. — 48. O direito internacional e a moral das nações. — 49. O direito internacional e a *comitas gentium*. — 50. O direito internacional e a politica exterior ou a diplomacia. Pag. 151-157.

§ V

Imperio geographico do direito internacional

SUMMARIO: — 51. A homogeneidade de condições sociaes como factor fundamental da communidade das nações e condição determinante do imperio geographico do direito internacional. — 52. A civilização europeia e a extensão actual da sociedade internacional. — 53. O direito internacional e os povos de civilização não europeia. Tendencias para o alargamento da communidade internacional. Pag. 158-166.

§ VI

Systematização do direito internacional

SUMMARIO: — 54. Necessidade e primitiva forma da organização systematica do direito internacional. Systema de GROECIO. — 55. As modificações do systema de GROECIO e a imitação do systema de GAIUS na organização do direito privado romano. Systema de ZOUCH. — 56. As systematizações baseadas nos factos da vida internacional: HOLTZENDORFF, DE MARTENS e KASANSKY. — 57. O systema que segui-

mos baseado na ideia da comunidade internacional considerada na sua organização e no seu funcionamento. Logar que ahi occupa o direito internacional privado.— 58. Terminologia adoptada. *Jus gentium, jus inter gentes, internacional law*, direito internacional..... Pag. 167-178.

II

Organização da sociedade internacional

CAPITULO I

Membros da comunidade internacional

SECÇÃO I

Os Estados

§ I

O Estado e a sociedade internacional

SUMARIO : — 59. A divisão da humanidade em nações e a organização das nações em estados.— 60. Agrupamento dos estados em comunidade internacional.— 61. O estado como personalidade internacional.— 62. A soberania interna e a soberania externa..... Pag. 179-183.

§ II

Classificação dos Estados

SUMARIO : — 63. Estados simples e estados compostos.— 64. O estado simples e o exercicio da soberania interna e externa.— 65. Formas dos estados compostos. União pessoal: caracteres e tendencias.— 66. União real: caracteres e exemplificação.— 67. Confederação de estados: natureza e valor politico.— 68. Estado federal: caracter fundamental e distincção da confederação e do estado unitario.— 69. Estados soberanos e meio-soberanos. Protectorado e vassalagem.— 70. Estados neutralizados. Efeitos internacionaes da neutralização.— 71. Estados tributarios. Sua condição internacional... Pag. 184-204.

§ III

Formação e reconhecimento dos Estados

SUMMARY: — 72. A formação do estado nas suas relações com o direito internacional. — 73. Theorias relativas á formação do estado. Theoria do equilibrio politico, theoria das nacionalidades, theoria da vontade popular e theoria das fronteiras naturaes. — 74. O reconhecimento internacional dos estados: sua significação e valor. — 75. Caracter facultativo ou obrigatorio do reconhecimento. — 76. Competencia para effectuar o reconhecimento; momento da sua realisação. — 77. Formas do reconhecimento: reconhecimento expresso e reconhecimento tacito. — 78. Reconhecimento condicional: exemplificação e caracter juridico. — 79. Extensão dos effeitos do reconhecimento Pag 205-222.

§ IV

Transformação e extinção dos Estados

SUMMARY: — 80. As condições fundamentaes da existencia politica e a identidade do estado. Indicação geral das transformações e modificações do estado que não alteram a sua identidade. — 81. Mudanças da organização politica e do governo duma nação e a sua influencia nas relações internacionaes. — 82. O desmembramento parcial do territorio dum estado pela annexação a outro estado. — 83. O desmembramento parcial do territorio do estado pela constituição de novos estados independentes. — 84. A extinção total dos estados e os principios reguladores da sua successão. — 85. A extinção parcial dos estados e o effeito que produz na ordem internacional Pag. 223-244.

SECÇÃO II

As sociedades e os individuos

§ I

A Igreja catholica

SUMMARY: — 86. A Igreja Catholica como instituição internacional. — 87. Formação histórica do systema de relações diplomaticas entre a Igreja e os estados catholicos. — 88. A suppressão do poder temporal e a sua influencia na vida internacional da Igreja.

- 89. Situação actual da Santa Sé nas relações internacionaes. Lei italiana das *garantias* de 13 de maio de 1871. Caracter desta lei..... Pag. 245-257.

§ II

Sociedades internacionaes e sociedades nacionaes

- SUMMARY: — 90. Tendencia dos estados para a criação de instituições internacionaes encarregadas da administração dos seus interesses communs. — 91. Alargamento daquella tendencia na formação das *uniões administrativas internacionaes*. — 92. Aparecimento e progresso do movimento unionista. As principaes uniões. — 93. Organização geral das uniões: assembleias deliberativas, órgãos executivos e tribunaes arbitraes. — 94. Caracter geral dos preceitos juridicos reguladores das uniões. — 95. Sociedades e associações internacionaes de caracter particular. A sua situação perante o direito internacional. — 96. Sociedades nacionaes. Lei reguladora da sua constituição e direitos que lhes devem ser attribuídos na ordem internacional. Pag. 258-280.

§ III

Os individuos

- SUMMARY: — 97. Constituição evolutiva do direito de personalidade. — 98. Creação historica da triplíce ordem de direitos — politicos, civis e naturaes.—99. O homem e os seus direitos internacionaes. Formação progressiva destes direitos e a verdadeira natureza da sua garantia. — 100. O homem como pessoa da sociedade internacional. Revelação e significação desta personalidade..... Pag. 281-292.

CAPITULO II

Territorio nacional e territorio internacional

SECÇÃO I

Territorio nacional

§ I

Noção e elementos do territorio nacional

- SUMMARY: — 101. Noção de territorio e caracter geral do direito de soberania territorial. Determinação geral dos elementos do territorio.

— 102. Domínio terrestre. Metropole e possessões. — 103. Domínio fluvial. Rios que atravessam o territorio dum só estado e rios que atravessam ou limitam o territorio de dois ou mais estados. — 104. Domínio marítimo. Mar litoral. Mares abertos ou livres. Mares fechados. Mares interiores. Golfos, baías e portos. Estreitos e canaes. Direitos do estado sobre o seu domínio marítimo. — 105. Domínio lacustre. Lagos *interiores* e lagos cercados por territorios de diversos estados. — 106. *Domínio aéreo*: significado, extensão e conteúdo. — 107. Fronteiras. Fronteiras naturaes e fronteiras convencionaes Pag. 293-323.

§. II

Adquisição da soberania territorial

DIVISÃO. I

A aquisição de territorio em regiões submettidas a estados
membros da sociedade internacional

SUMMARIO : — 108. Direito de adquirir a soberania territorial. Classificação dos modos de aquisição. — 109. I. *Accessão*. Casos em que interessa ao direito internacional. — 110. II. *Cessão directa*. Cessão pacifica e cessão violenta. — 111. A conquista e o seu valor segundo o direito internacional. — 112. Condições de legitimidade da cessão. O plebiscito. A opção de nacionalidade — 113. III. *Cessão indirecta*. Suas formas e significação. — 113. IV. *Prescrição*. Sua applicação á aquisição da soberania territorial Pag. 324-346.

DIVISÃO II

A aquisição de territorio em regiões ainda não submettidas a estados
membros da sociedade internacional

SUMMARIO : — 115. I. *Occupação*. Noção geral e traços historicos. — 116. Condições de legitimidade da occupação. a) Capacidade do occupante. Valor da occupação effectuada por particulares. — 117. b) Objecto da occupação. Direitos dos estados civilizados relativamente aos territorios occupados pelos povos selvagens. — 118. c) A posse effectiva e d) a communicação ás potencias, como requisitos da validade juridica da occupação. — 119. II. O protectorado colonial. Sua significação e condições de legitimidade. — 120. III. Es-

phas de influencia. Suas formas e valor perante o direito internacional. — 121. IV. Arrendamento politico. Suas applicações nas relações com os estados de civilização não europeia 122. — V. Os pactos de não alienação. O seu valor de monopolios de posse futura. — 123. VI. As zonas neutras. Meios do alargamento territorial do estado vizinho mais forte. Pag. 347-374.

§ III

Perda e restricções da soberania territorial

SUMMARY: — 124. Factos productores da perda da soberania territorial. — 125. Restricções da soberania territorial. Indicações geraes. Consoberania. Exemplificação e tendencias. — 126. Neutralidade territorial. Especies, caracter e effeitos. — 127. Servidões internacionas. Noção e especies Pag. 375-381.

SECÇÃO II

Territorio internacional

§ I

Rios, lagos, estreitos e canaes internacionaes

SUMMARY: — 128. Elementos componentes do territorio internacional. — 129. Formação progressiva do principio de livre navegação nos rios internacionaes. — 130. Principios geraes do direito regulador da navegação fluvial internacional. Sua applicação aos lagos internacionaes. — 131. O direito de navegação nos estreitos e canaes internacionaes. Regimen juridico convencional do canal de Suez e do futuro canal de Panamá Pag. 382-391.

§ II

O alto mar e o alto ar

SUMMARY: — 132. O principio da liberdade dos mares: sua formação historica e seu fundamento. — 133. Consequencias geraes do principio da liberdade dos mares. — 134. Direito de navegação. Nacionalidade dos navios. — 135. Prova da nacionalidade dos navios. — 136. Condição juridica internacional dos navios no alto mar e nas aguas territoriales. — 137. Regulamentação internacional do direito de navegação. — 138. Direito de pesca. Sua regulamentação por

meio de usos e convenções internacionaes. — 139. Direito de estabelecer cabos submarinos. Protecção destes cabos em tempo de paz e em tempo de guerra. — 140. O direito de usar a telegraphia sem fios no alto mar. — 141. Policia dos mares: reconhecimento da nacionalidade dos navios, direito de visita e repressão da pirataria. — 142. O dever de assistencia nos perigos do mar. Attribuição e natureza deste dever. — 143. Cerimonial marítimo. Sua importancia e principios reguladores. — 144. Principio da liberdade dos ares e suas consequencias juridicas. Navegação, policia, assistencia e cerimonial aérios..... Pag. 392-438.

CAPITULO III

Bases e forma da organização da sociedade internacional

SECÇÃO I

Direitos internacionaes dos estados

§ I

Direito de conservação

SUMMARY : — 145. Direitos do estado na ordem internacional. Sua classificação geral. — 146. Direito de conservação: seu conteúdo geral. — 147. O direito de conservação como garantia da posse e aperfeiçoamento das condições da existencia nacional. — 148. O direito de conservação na sua fórmula de defesa contra as aggressões actuaes lesivas da integridade do estado. — 149. O direito de conservação como direito de segurança contra a eventualidade de aggressões futuras..... Pag. 439-452.

§ II

Direito de independencia

SUMMARY : — 150. Noção e conteúdo geral do direito de independencia. A autonomia do estado no seu governo interno e nas suas relações exteriores. — 151. Extensão do direito de independencia. O conceito da independencia como a autonomia na solidariedade ou interdependencia. — 152. O direito de independencia e a intervenção. Noção, caracteres e fórmulas da intervenção. — 153. A intervenção na historia das relações internacionaes. — 154. A intervenção nas

relações com os povos de civilização não europeia : Turquia, China e Marrocos. — 155. A doutrina de Monroë : sua fôrma primitiva e suas tendencias posteriores. — 156. A intervenção na sua theoria scientifica. O principio da intervenção e o principio da não intervenção. A intervenção como meio sancionador do direito internacional. Casos da sua legitimidade e fôrma que deve revestir. Pag. 453-490.

§ III

Direito de igualdade

SUMMARIO : — 157. Noção e caracter geral do direito de igualdade. A igualdade de direito e as desigualdades de facto entre os estados. — 158. Desigualdades de facto de caracter tradicional. Suas manifestações e seu valor. — 159. Desigualdades de facto determinadas pelo grau de poder e de influencia dos estados. Potencias secundarias e grandes potencias. Função que estas desempenham na sociedade internacional. Pag. 491-497.

SECÇÃO II

Responsabilidade internacional dos estados

SUMMARIO : — 160. Conceito geral da responsabilidade do estado na ordem internacional. — 161. Elementos da responsabilidade internacional dos estados. — 162. Fôrmas da responsabilidade do estado nas relações internacionaes. Pag. 498-505.

SECÇÃO III

Fôrma geral da organização da sociedade internacional
e orgãos das relações internacionaes

§ I

Fôrma da organização da sociedade internacional

SUMMARIO : — 163. A commuidade internacional como associação livre de estados independentes unidos pela solidariedade das suas tendencias e dos seus interesses. — 164. Principios juridicos fundamentaes reguladores da commuidade internacional. Pag. 506-510.

§ II

Dos órgãos das relações internacionaes em geral
e em especial dos chefes do estado e dos ministros
dos negocios estrangeiros

SUMMARIO : — 165. Considerações geraes ácerca dos órgãos das relações internacionaes. — 166. O chefe do estado como representante da nação e dirigente das suas relações exteriores. — 167. O chefe do estado em país estrangeiro. Immunidades e prerogativas que o acompanham. — 168. Extensão das immunidades dos chefes do estado ás pessoas da sua familia e do seu sequito. — 169. Ministros dos negocios estrangeiros. Funcções por elles exercidas na direcção das relações internacionaes. Pag. 510-521.

§ III

Agentes diplomaticos

SUMMARIO : — 170. Direito de legação. Sua noção geral. Desenvolvimento historico. O apparecimento das legações permanentes e a formação do conceito do corpo diplomatico. — 171. Direito de legação activa e direito de legação passiva. Estados a que pertence e caracter que reveste cada um desses direitos. — 172. Classificação geral dos agentes diplomaticos. — 173. Organização do corpo diplomatico. — 174. O corpo diplomatico como conjunto dos enviados de cada estado. Composição do corpo diplomatico portuguez. — 175. Organização das legações permanentes e recrutamento do pessoal diplomatico. — 176. Investidura dos agentes diplomaticos : as *credenciaes*. Outros papeis que dirigem o exercicio das suas funcções ou lhes asseguram a liberdade de transitio : instrucções, plenos poderes, passaportes e salvo-conductos. — 177. Funcções dos agentes diplomaticos. Seus deveres para com o estado que os envia, para com o estado onde são acreditados e para com tereiros estados. — 178. Prerogativas dos agentes diplomaticos. a) A inviolabilidade. Seu significado e extensão. — 179. b) A exterritorialidade. Seu conceito e valor geral. Suas mais importantes manifestações no direito internacional positivo: 1.º) immunidade local; 2.º) immunidade de jurisdicção policial e criminal; 3.º) immunidade de jurisdicção civil; 4.º) immunidade de jurisdicção fiscal; 5.º) immunidade em materia religiosa ou direito de culto domestico. — 180. Pessoas a

quem são attribuidas as immunitades diplomaticas. — 181. Fundamento destas immunitades e tendencias para a sua limitação. — 182. Situação juridica dos agentes diplomaticos em relação a terceiros estados. — 183. Suspensão e fim das missões diplomaticas Pag. 522-572.

§ IV

Consules

SUMMARY : — 184. Conceito geral da instituição consular. Seu desinvolvimento historico. — 185. Caracter convencional da instituição consular. — 186. Organização do corpo consular Classificação e hierarchia dos funcionarios consulares, composição dos consulados e recrutamento do pessoal consular. — 187. Corpo consular e consulados portuguezes. — 188. Investidura dos consules. A carta patente e o *exequatur*. — 189. Funções consulares. Caracter e classificação geral. — 190. Funções de protecção geral dos interesses nacionaes. — 191. Funções de protecção singular dos interesses individuaes. — 192. Funções relativas ao estado civil. — 193. Funções notariaes. — 194. Funções judicarias nos países christãos. — 195. Funções judicarias nos países não christãos. Regimen das *capitulações*. — 196. Juizo consular portuguez. Sua organização e competencia. — 197. Países em que tem sido modificado ou abolido o regimen das capitulações. Tribunaes mixtos do Egypto. Reforma judicaria no Japão. Abolição ou modificação da jurisdicção consular em diversos países. — 198. Prerogativas consulares. — 199. Suspensão e fim das missões consulares. Pag. 573-632.

§ V

Congressos e conferencias

SUMMARY : — 200. Tendencias de organização da communitadé internacional. — 201. Instituições de caracter internacional. Congressos e conferencias. Distincção entre as duas instituições. — 202. Estados que podem fazer-se representar nos congressos e conferencias. Fôrma da representação. — 203. Convocação, constituição, funcionamento e deliberações dos congressos e conferencias. — 204. Força obrigatoria e execução das decisões dos congressos e conferencias. — 205. Os congressos e conferencias na evolução das relações internacionaes. Tendencias e previsões. Pag. 633-648.

§ VI

Commissões e officios internacionaes

SUMMARY: — 206. Aparecimento e caracter das commissões e officios internacionaes. — 207. Semelhanças e differenças entre as duas ordens de instituições no que respeita á sua organização e ás suas funcções. — 208. Significação evolutiva de semelhantes instituições como meio de organização das relações internacionaes. Pag. 649-654.

§ VII

Tribunaes arbitraes

SUMMARY: — 209. Indicação geral dos meios de resolver os conflictos internacionaes. Noção e caracteres da arbitragem internacional. — 210. Desenvolvimento historico da arbitragem internacional. — 211. Seu modo de ser actual. As suas formas e a sua amplitude. Tendencias. — 212. A sua organização. Tribunaes arbitraes. Tribunal permanente da Haya. — 213. Tendencia para a sua transformação em instituição internacional de *caracter obrigatorio*. — 214. Sanções da arbitragem internacional. — 215. Os congressos e conferencias, as commissões e officios internacionaes e o tribunal permanente de arbitragem como esboço de organização da sociedade internacional sobre uma base convencional. Pag. 655-709.

SECÇÃO III

Tratados

§ I

Principios geraes

SUMMARY: — 216. Conceito geral de tratado. Suas designações. — 217. Condições de existencia e de validade dos tratados. a) Condições intrinsecas: 1.º) Capacidade dos estados contractantes; 2.º) Objecto dos tratados; 3.º) Consentimento. — 218. b) Condições extrinsecas: fórma dos tratados e seu valor. — 219. Effeitos dos tratados. Participação de terceiros estados nesses effeitos. — 220. Execução e interpretação dos tratados. — 221. Garantias de execução dos tratados. — 222. Extinção dos tratados. Sua prorogação, confirmação e restabelecimento. Pag. 710-730.

§ II

Classificação

SUMMARY : — 223. Tratados destinados a regular direitos ou interesses dos estados contractantes e tratados destinados a formular preceitos de direito internacional. — 224. Tratados de disposição e tratados de associação. — 225. Tratados politicos e tratados sociaes. Exemplicação. — 226. Concordatas. Sua natureza e valor perante o direito internacional..... Pag. 731-745.

LIVRO II

RELAÇÕES JURIDICAS INTERNACIONAES

I

Relações juridicas internacionaes de caracter privado

CAPITULO I

Generalidades

§ I

O individuo e a sociedade internacional

SUMMARY : — 227. Aparecimento natural dum direito regulador da situação juridica do individuo na sociedade internacional. — 228. *Processus* da formação desse direito. — 229. A utilidade do novo ramo da sciencia juridica..... Pag. 747-751.

§ II

Objecto do direito internacional privado

SUMMARY : — 230. 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. — 231. Conflictos de leis que entram na esphera d'acção do direito internacional privado: leis civis, commerciaes e de processo civil. — 232. 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..... Pag. 752-758.

§ III

Natureza do direito internacional privado

SUMMARIO — 233. 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 específica no organismo juridico internacional. — 234. Natureza da função dos legisladores nacionaes em materia de direito internacional privado. — 235. Systemas sobre a applicação das leis estrangeiras pelos tribunaes. Interpretação do artigo 2406.º do codigo civil portuguez. Meios de verificar ou provar a existencia e teor do direito estrangeiro e lei applicavel quando essa existencia e teor não possam verificar-se. Consequencias da não applicação do direito estrangeiro declarado competente pelas leis nacionaes. Pag. 759-774.

§ IV

Methodo de constituição e codificação do direito internacional privado

SUMMARIO : — 236. O methodo internacional e o methodo legislativo na constituição do direito internacional privado. Seus caracteres, comparação e critica. — 237. Unificação do direito internacional privado. Tendencias doutrinaes. — 238. Trabalho diplomatico para a uniformização do mesmo direito. Tentativas dos governos italiano e hollandês, na Europa, e peruviano, na America. — 239. Primeiros resultados do movimento de codificação do direito internacional privado. O congresso de Montevideo de 1888-1889 e os tratados ahi assignados. — 240. 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 interdição. O seu valor para a uniformização e codificação daquelle direito. Pag. 775-801.

§ V

A uniformização do direito internacional privado e a *theoria da devolução*

SUMMARIO : — 241. O methodo legislativo e o apparecimento da questão da devolução. Significado e termos desta questão. A *theoria da de-*

volução e a theoria tradicional. — 242. A questão da devolução como questão de interpretação de preceitos legislativos sobre direito internacional privado. — 243. A questão da devolução como uma questão de competencia legislativa em materia de direito internacional privado. *Systemas de FIORE e WESTLAKE.* Critica. — 244. A theoria da devolução na jurisprudencia, nas legislações e na convenção da Haya, sobre casamento, de 12 de junho de 1902. *Apreciação.* — 245. Meio de evitar a questão da devolução no regimen do methodo internacional. Pag. 802-825.

§ VI

A uniformização do direito internacional privado e a theoria das qualificações

SUMMARIO: — 246. Theoria das qualificações. Sua formula. — 247. Amplitude da divergencia de qualificação entre as leis privadas dos diversos estados. — 248. Os conflictos de qualificação. Suas modalidades e solução. — 249. As divergencias de qualificação e a uniformização do direito internacional privado. Pag. 825-834.

§ VII

Modos de formação do direito internacional privado

SUMMARIO: — 250. O costume e os tratados como modos de formação do direito internacional privado. — 251. Função pratica da sciencia do direito internacional privado. — 252. Fontes do direito internacional privado português. Pag. 835-839.

CAPITULO II

Condição dos estrangeiros

§ I

Os individuos

SUMMARIO: — 253. A condição dos estrangeiros na evolução do direito. Estado actual dessa evolução. Limites minimo e maximo dos poderes do estado em relação aos estrangeiros. — 254. Os estrangeiros e os *direitos publicos.* — 255. Os estrangeiros e os *direitos civis.* Os systemas adoptados pelas legislações na determinação dos direitos civis dos estrangeiros: *systema das incapacidades, systema da recipreidade e systema da egualdade.* — 256. Os estrangeiros e os direitos politicos. — 257. Estrangeiros privilegiados. *Privile-*

gios reconhecidos em tratados. Chefes de estado, agentes diplomaticos e consules. — 258. A condição dos estrangeiros nos estados que não fazem parte da communidade internacional. — 259. Condição dos individuos sem nacionalidade ou dos que tenham duas nacionalidades. — 260. Protecção pelo estado dos direitos dos seus nacionaes em país estrangeiro. Pag. 840-863.

§ II

As pessoas juridicas

SUMMARY : — 261. A existencia das pessoas juridicas estrangeiras fóra do seu estado de origem. — 262. Pessoas juridicas estrangeiras de caracter publico ou pessoas moraes. O Estado. — 263. Corpos administrativos, estabelecimentos publicos e estabelecimentos de utilidade publica. — 264. Nacionalidade e condição legal das pessoas moraes estrangeiras. — 265. A Igreja e as sociedades internacionaes como pessoas juridicas. — 266. As pessoas juridicas estrangeiras de caracter particular. Sociedades commerciaes: sua nacionalidade e seus direitos. Pag. 864-880.

§ III

Os estrangeiros em Portugal

DIVISÃO I

Os individuos

SUMMARY : — 267. Os direitos publicos concedidos aos estrangeiros. — 268. 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. — 269. Situação dos estrangeiros relativamente aos direitos reconhecidos pelas leis portuguezas e não admittidos pela sua lei nacional, ou reciprocamente. — 270. Competencia dos tribunaes portuguezes em relação a estrangeiros. — 271. Os estrangeiros em Portugal e os direitos politicos. Pag. 881-893.

DIVISÃO II

Pessoas juridicas

SUMMARY : — 272. Os Estados e as pessoas moraes estrangeiras segundo o direito portuguez. — 273. A Igreja e as sociedades internacionaes em face das leis do reino. — 274. Sociedades commerciaes

estrangeiras: seu reconhecimento, nacionalidade e capacidade jurídica..... Pag. 894-902.

CAPITULO III

Conflictos de leis

SECÇÃO I

Constituição progressiva duma theoria dos conflictos

SUMMARIO: — 275. Genese natural dos conflictos: — a *personalidade* e a *territorialidade* na applicação das leis. — 276. A primeira tentativa duma theoria dos conflictos. Os postglosadores como iniciadores da *theoria dos estatutos*. — 277. Organização da theoria estatutaria — escola franceza do seculo xvi, escolas belga e hollandesa do seculo xvii, e escola franceza do seculo xviii. — 278. Apreciação geral do valor e dos resultados da theoria. — 279. A renovação da theoria dos conflictos pelos escriptores allemães do seculo passado: WAECHTER, SCHAEFFNER e SAVIGNY. Alcance progressivo das doutrinas destes escriptores. — 280. A escola italiana e a affirmação da lei pessoal como criterio fundamental na resolução dos conflictos. A sua significação e o seu valor. — 281. 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 PILLET. — 282. Conclusões Pag. 903-926.

SECÇÃO II

Princípios geraes

§ I

Leis de protecção individual

DIVISÃO I

Lei pessoal

SUMMARIO: — 283. Determinação da lei pessoal. Competencia da lei da nacionalidade. — 284. A lei da nacionalidade nas tendencias doutrinaes. O Instituto de direito internacional e as *Regras de Oxford*. — 285. A lei da nacionalidade nas legislações e nos tratados. — 286. A

lei do domicilio como lei pessoal subsidiaria nos casos de falta de nacionalidade ou de duas nacionalidades. Pag. 927-935.

DIVISÃO II

Lei reguladora do estado e da capacidade

SUMMARIO : — 287. A applicação da lei pessoal ao estado e capacidade como um principio firmemente estabelecido do direito internacional privado. — 288. Inconsistencia scientifica da distincção entre capacidade abstracta e capacidade concreta. — 289. A applicação da lei pessoal modificada pelos principios de interesse e ordem publica. — 290. A lei reguladora do estado e da capacidade segundo o direito portuguez. Pag. 935-937.

DIVISÃO III

Lei reguladora das relações de familia

SUMMARIO : — 291. Principio geral da applicação da lei pessoal ás relações de familia. — 292. a) Casamento. 1.º) Capacidade matrimonial. Impedimento do casamento. — 293. 2.º) Forma do casamento. Casamentos diplomaticos e consulares. — 294. b) Relações pessoas e patrimoniacs dos conjuges.—295. c) Relações entre paes e filhos. Legitimação e perfilhação. Patrio-poder.—296. d) Divorcio e separação de pessoas. — 297. e) Tutela e curatela. — 298. f) Alimentos devidos em virtude de relações de familia. Pag. 938-962.

DIVISÃO IV

Doações, successões e ausencia

SUMMARIO : — 299. Applicação da lei pessoal ao regimen juridico das doações *inter vivos*. — 300. Tendencias geraes da evolução do direito internacional successorio. — 301. Regimen juridico internacional das successões segundo o direito portuguez. — 302. O instituto da ausencia nas relações internacionaes. Pag. 962-975.

§ II

Leis de garantia social

SUMMARIO : — 303. Noção e qualidades geraes das leis de garantia social ou leis de ordem publica. Criterio fundamental da determinação das leis de ordem publica. — 304. Indicação summaria das principaes

leis de ordem publica.—305. Determinação da competencia das leis de ordem publica.—306. Valor internacional da territorialidade das leis de ordem publica..... Pag. 976-991.

§ III

Principio da autonomia da vontade

SUMMARIO :—307. O principio da autonomia da vontade em direito internacional privado. Sua esphera de acção.—308. Applicaçào do principio. Contractos e testamentos.—309. Principios geraes acerca da lei reguladora das obrigações..... Pag. 992-999.

§ IV

Lei reguladora da forma dos actos juridicos

SUMMARIO :—310. O principio *locus regit actum*. Sua extensào.—311. Fundamento do principio. Lei competente para regular a forma externa dos actos juridicos.—312. Character facultativo ou obrigatorio do principio.—313. Lei reguladora da forma externa dos actos juridicos segundo o direito portuguez..... Pag. 1000-1009.

CAPITULO IV

Theoria geral dos direitos adquiridos em direito internacional privado

SUMMARIO :—314. Principio geral do reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. Seu fundamento. Sua acceitaçào pelo direito portuguez.—315. Limitações do principio determinadas pelo modo de ser especial de cada estado.—316. Condições e alcance da applicaçào geral do principio.—317. A theoria dos direitos adquiridos e a execuçào das sentenças estrangeiras.... Pag. 1010-1021.

APPENDICE I

Convenções da Haya de direito internacional privado

- I. Convenção de 14 de novembro de 1896, e protocollo adicional de 22 de maio de 1897, relativa ao processo civil..... Pag. 1023-1028.
- II. Convenção de 12 de junho de 1902 para regular os conflictos de leis em materia de casamento..... Pag. 1028-1030.

- III. Convenção de 12 de junho de 1902 para regular os conflitos de leis e de jurisdições em materia de divorcio e de separação de pessoas..... Pag. 1030-1032.
- IV. Convenção de 12 de junho de 1902 para regular a tutela de menores Pag. 1032-1033.
- V. Convenção de 17 de julho de 1905 relativa ao processo civil..... Pag. 1034-1041.
- VI. Convenção de 17 de julho de 1905 referente aos conflitos de leis relativos aos effeitos do casamento sobre os direitos e deveres dos esposos nas suas relações pessoais e sobre os seus bens... Pag. 1042-1043.
- VII. Convenção de 17 de julho de 1905 relativa á interdição e ás medidas de protecção analogas Pag. 1044-1046.
- VIII. Convenção de 17 de julho de 1905 sobre os conflitos de leis em materia de successões e de testamentos Pag. 1046-1049.

APPENDICE II

- Abalroamentos no mar..... Pag. 1049.

APPENDICE III

- Arbitragem internacional..... Pag. 1049.

APPENDICE IV

- Execução de sentenças estrangeiras..... Pag. 1049.

 ALGUNS ERROS

<i>Pag.</i>	<i>Lin.</i>	<i>Erros</i>	<i>Emendas</i>
106	17	ter	deter
120	18	1886	1885
129	10	1656	1856
202	11	1855	1885
260	2	1865	1885
298	24	1858	1853
»	25	junho	julho
325	»	denominação	deminuição
479	29	Potouillet	Patouillet
601	7	notorios	notarios
1019	31	casamento	divorcio e separação de pessoas

