

As relações entre o direito interno e o direito internacional

KARL HEINRICH TRIEPEL*

A questão das relações entre o direito interno e o direito internacional é de grande importância, teórica e prática. Seu valor teórico não precisa ser demonstrado. Sua utilidade prática talvez não seja tão aparente; todavia é considerável a ponto de merecer a atenção séria dos políticos, dos funcionários públicos, dos juizes, e principalmente dos diplomatas. Na verdade, pode-se dizer, sem exagêro, que os ministérios dos negócios estrangeiros, as legações, os consulados, são obrigados, todos

* KARL HEINRICH TRIEPEL nasceu em Leipzig, em 12 de fevereiro de 1868, e obteve grau de doutor em direito em 1891. Em Leipzig, foi advogado, juiz suplente e professor na Universidade.

Depois, professor de direito público e de direito internacional em Tübingen, em Kiel e em Berlim, sendo afinal nomeado Conselheiro Privado da Justiça. Escreveu várias obras jurídicas, distinguindo-se como um dos mais profundos conhecedores do direito internacional.

Em 1923, deu um curso na Academia de Direito Internacional de Haia, sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional; e esse curso, dado em francês, publicado *in* Recueil des Cours, vol. I, pág. 73 a 119, é que vai ser lido em português, traduzido pelo professor AMÍLCAR DE CASTRO, em agosto de 1964.

As dezenove notas em rodapé, chamadas por algarismos, são tôdas de autoria do tradutor, e não será permitida a publicação desta tradução, por qualquer processo de reprodução, visto como é destinada exclusivamente às pesquisas do Instituto de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais.

os dias, a se ocuparem de questões referentes às relações entre o direito internacional e o direito interno, quer de seu próprio país, quer de país estrangeiro. A diplomacia tem a missão de velar pela execução dos tratados internacionais. Ora, êsses tratados referem-se freqüentemente ao direito interno das partes contratantes, à sua constituição, à sua organização administrativa, ou judiciária, às suas instituições financeiras, ao seu direito privado, criminal, ou processual. Quase tôdas as vêzes que a diplomacia de um Estado reclama a extradição de um criminoso, tôdas as vêzes que invoca a responsabilidade de um govêrno estrangeiro, ou do chefe de seus representantes, ou em razão dos atos de seus súditos, cada vez que um govêrno reclama o direito de proteger seus súditos no estrangeiro, apresentam-se questões de nacionalidade, de direito administrativo, ou de direito penal, que se ligam a questões de direito convencional, ou costumeiro, internacional. Do mesmo modo, são os tribunais nacionais que hão de se ocupar, nem todos os dias, é verdade, mas assiduamente, de negócios nos quais uma questão de direito interno se liga intimamente a outra de direito das gentes. Têm, por exemplo, de aplicar leis, cuja existência ou conteúdo dependem da validade de um tratado internacional, ou de leis que reenviam a regras, ou a noções, de direito internacional. Freqüentemente, o juiz nacional não pode preencher uma lacuna da lei, sem recorrer às prescrições do direito internacional. Suponha-se que um legislador haja se esquecido de estabelecer regras formais que isentem os Estados estrangeiros da jurisdição civil. Quando os tribunais admitam essa isenção, deduzindo-a de regra não escrita, baseada em princípio de direito das gentes, não podem fazê-lo, sem haver previamente resolvido a questão correspondente de direito internacional. De resto, há numerosos tribunais nacionais que são encarregados, senão principalmente, ao menos com preferêcia, de negócios internacionalmente relevantes: tribunais de prêsas, tribunais militares em campanha, tribunais repressivos encarregados de julgar pedidos de extradição, e êsses tribunais se encontram incessantemente diante da necessidade de transpor o ponto que con-

duz o direito internacional ao direito interno. Entretanto, o exame das relações entre o direito interno e o direito internacional é, em primeiro lugar, de interêsse altamente *teórico*. Tratar a fundo as relações entre os dois sistemas jurídicos, é tratar graves problemas da ciência jurídica geral, ou filosofia do direito.

CAPÍTULO I

Distinção entre o direito interno e o direito internacional

Parece-nos indispensável estabelecer um ponto de partida teórico *certo*, antes de proceder à discussão das questões práticas especiais. Esperamos, todavia, poder reduzir o conjunto dos problemas de que se trata a algumas teses, senão evidentes, pelo menos, simples.

Quando falamos de relações entre o direito internacional e o direito interno, supomos como estabelecido que o direito internacional é alguma coisa *diferente* do direito interno. Em nossa opinião, o direito internacional e o direito interno são *noções diferentes*. Mas em que sentido são opostas? Se tomarmos, do conjunto das regras jurídicas, um grupo de normas particulares que apresentem uma qualidade comum, e se, por aplicação de um epíteto, lhe dermos um nome particular, por exemplo, direito penal, direito costumeiro, o critério por que operamos essa escolha pode variar. Trata-se principalmente de duas bases de distinção. Ou bem consideramos *as relações sociais*, que são regidas pelas normas jurídicas, e dividimos o conjunto dessas normas em *ramos*, ou em *partes*, do direito, cada uma das quais submete a suas disposições uma categoria distinta de relações. Temos, assim, o direito público e o direito privado, o direito penal e o direito administrativo. Ou então consideramos *a vontade* da qual emanam as regras jurídicas, isto é, as fontes do direito e, assim procedendo, dividimos o direito *em sistemas jurídicos* diferentes, cada um dos quais nasce de uma fonte particular. E, por esta forma, opomos o direito francês e o direito

italiano, o direito criado pelo Estado (que doravante, por simplicidade, denominaremos *direito estatal*) e o direito canônico, o direito estatal e o direito costumeiro. Desde que as bases das divisões são diferentes, é natural que cada grupo suporte, em geral, uma subdivisão, segundo o *principium divisionis* que serviu de base à formação dos outros grupos. Há, por exemplo, um direito penal inglês, outro italiano; e o direito inglês pode dividir-se em direito privado, direito penal, civil, comercial. Mas é possível que, da totalidade das regras jurídicas, isolemos grupos que se distingam de todos os outros, tanto porque emanem de uma fonte particular, como porque tenham um objeto particular. Assim, as regras do direito administrativo canônico diferem de tôdas as outras regras jurídicas, tanto por sua fonte jurídica especial, como pela categoria particular de relações sociais que regem.

Ê nesta categoria de regras jurídicas que é preciso classificar as normas do direito internacional, isto porque o direito interno e o direito internacional são opostos nos dois sentidos que acabo de indicar. A oposição é, em primeiro lugar, uma oposição *das relações sociais* que regem: o direito internacional rege relações diferentes das que são regidas pelo direito interno. Por direito interno, nós compreendemos todo direito estabelecido no interior de uma comunidade nacional, nada importando que sejam leis do Estado, ou regras de direito costumeiro, regras decorrentes da autonomia das comunas, ou de outras corporações públicas. Para simplificar, basearemos nossa demonstração no direito estatal, no sentido restrito da palavra, isto é, no direito estabelecido por um Estado. Ora, cada Estado regula, por seu sistema jurídico, as relações entre os súditos que êle considera como lhe sendo submetidos. Êsses súditos são, em primeiro lugar, indivíduos nacionais, ou estrangeiros, que estão sujeitos à soberania do Estado, em razão apenas do fato de sua permanência em seu território.

As normas jurídicas estatais são de duas espécies: ou regem as relações recíprocas entre indivíduos (é o que denominamos regulamentação do direito privado), ou então o Estado cria um direito para as relações de seus súditos consigo

mesmo (neste caso falamos de direito público).¹ Entretanto acontece que o Estado dita regras que se referem também às relações entre seus súditos e os Estados estrangeiros, ou entre êstes e êle próprio. Mas trata-se ordinariamente de casos em que o Estado estrangeiro se apresenta no papel de simples particular, por exemplo, quando um govêrno se entrega ao comércio, ou à indústria. Neste caso, as leis enumeram, e podem enumerar, os Estados estrangeiros entre os súditos ordinários. Às vêzes, as leis consideram os Estados estrangeiros mesmo do ponto-de-vista de suas relações de direito público. O legislador concede, por exemplo, a um govêrno estrangeiro o direito de provocar uma instrução penal, ou de agir como autor perante os tribunais internos; por outro lado, impõe a outro Estado o dever de recorrer aos tribunais internos em razão de relações referentes a seus direitos patrimoniais. Pouco importa que o Estado estrangeiro queira servir-se dos direitos que lhe são concedidos, ou não queira sujeitar-se aos deveres que lhe são impostos. Pouco importa mesmo que essas regras jurídicas emanem de pretensão injustificada do Estado que as criou. Seja como fôr, é certo que essas leis regulam relações entre sujeitos que o legislador crê poder considerar como lhe sendo submetidos.

As relações que o direito internacional rege são de outra natureza. É preciso salientar, desde já, que não falamos senão do direito internacional público. Determinar o caráter do direito internacional privado seria tarefa à parte. O direito internacional público regula relações entre Estados, e somente entre Estados perfeitamente iguais.² As relações entre um Estado federal e seus Estados-membros não são do domínio do direito interna-

1. Esse modo de distinguir o direito público do direito privado já era dos romanos e foi adotado por MONTESQUIEU.

2. Igualdade *jurídica*, não igualdade *de fato*, evidentemente. A regra de que todos são iguais perante a lei não significa que todos tenham direitos iguais, ou direito às mesmas coisas, sim que todos os direitos da mesma espécie são iguais entre indivíduos diferentes (ROBSON). Igualdade jurídica significa, pois, igual proteção pelo direito internacional nesse sentido de *igualdade relativa* (LAFAYETTE, REDSLOB), isto é, igual e idêntica interpretação e aplicação das respectivas regras pelas jurisdições inter-

cional, porque os Estados-membros são *submetidos* ao Estado federal, e as relações entre os indivíduos e os Estados estrangeiros, assim como as relações entre indivíduos pertencentes a Estados diferentes, não são do regimen do direito internacional público, porque os indivíduos não são, como se costuma dizer, *sujeitos* de direito internacional. O particular, do ponto-de-vista de uma comunidade de direito que prende os Estados como tais, é incapaz de ser investido de direitos e deveres próprios, decorrentes do sistema jurídico *dessa comunidade*. Não se pode conceber o indivíduo no quadro do direito internacional propriamente dito, senão *como objeto* de direitos e de deveres internacionais. Tem-se aludido, para provar o contrário, ao fato de que certas convenções internacionais permitem aos particulares, intentar, em seu próprio nome, ações contra Estados estrangeiros.

Conforme à convenção relativa ao estabelecimento de uma Côrte Internacional de Prêsas, assinada na segunda conferência de Haia, em 1907, aliás não ratificada, as decisões dos tribunais de prêsas nacionais podem ser objeto de recurso para a Côrte Internacional de Prêsas, e o recurso pode ser interposto, não sòmente por uma potência neutra, como também por um particular neutro, ou por um particular dependente da potência inimiga, se a decisão dos tribunais nacionais houver ofendido suas propriedades.

È verdade que o tratado internacional, neste caso, permite aos particulares fazerem valer, perante a Côrte, seus interêsses contra Estados estrangeiros. Mas, afinal de contas, e traduzidas as frases do tratado na linguagem exata do direito internacional, o tratado não concede a referida permissão *senão ao Estado* de que o particular, lesado por atos de guerra marítima,

nacionais e pelos organismos políticos, *não obstante a desigualdade de fato*, dos Estados. Significa também que nenhuma obrigação pode ser imposta a um Estado soberano, grande, ou pequeno, poderoso, ou não, sem o seu consentimento direto, ou indireto, geral, ou particular, dado anteriormente, ou *ad-hoc* (KOROWICZ). Em suma: trata-se apenas de reconhecimento de uma qualidade, que importa condição igual às dos outros sujeitos da mesma categoria (SANTI ROMANO).

seja súdito. O govêrno dêste Estado é que poderá acionar o outro govêrno, perante a Côrte Internacional, mediante provocação do particular.³ Outra coisa não acontece quando, por disposição de convenção comercial, os Estados contratantes se impõem recìprocamente o dever de conceder, a seus respectivos cidadãos, livre acesso aos tribunais nacionais. Nem um, nem outro, acôrdo confere ao particular a função de sujeito de direito internacional.

Não é também possível considerar como sujeitos de direito internacional os grupos sociais existentes no interior dos Estados, as comunas, as associações comerciais, as companhias de estrada de ferro, por exemplo, pouco importando sejam, ou não, dotadas de personalidade jurídica, que prestem, ou não, serviço público.

Num estudo interessante sôbre o caráter do direito internacional, PILLET afirmou que uma convenção entre a Companhia París-Lião-Mediterrâneo e a Companhia Suíça Jura-Simplon, a respeito da cessão de uma gare em Genebra, era uma convenção *de direito internacional público*. Nós não poderíamos adotar essa opinião. As relações entre as duas companhias não poderiam entrar na esfera do direito internacional público, a menos que um dos govêrnos interessados, isto é, a França, ou a Suíça, houvesse tido ocasião de se encarregar, em razão de seu direito de proteção, dos interêsses de sua jurisdição perante o govêrno do outro Estado. Certamente, pode acontecer que uma evolução futura produza um nôvo direito internacional, a reconhecer certos grupos, no interior dos Estados atuais, como sujeitos internacionais independentes. Há mesmo presentemente, a êsse respeito, sintomas interessantes, sobretudo acêrca das minorias nacionais e religiosas, e da proteção destas. Talvez a dissolução ameaçadora do Estado moderno coloque grandes grupos econômicos em lugar dos Estados, e produza, por conseguinte, um direito internacional inteiramente nôvo. Mas, enquanto o esperarmos, manteremos nossa tese: os Estados coordenados são os únicos sujeitos de direito

3. Tem-se aí um caso de substituição processual.

internacional, e isto porque o direito internacional *rege relações diferentes das que são reguladas pelo direito interno*. A oposição entre os dois sistemas é, ao mesmo tempo, um contraste *das fontes jurídicas*.

Nós chamamos *direito*, no sentido objetivo, um conjunto de regras jurídicas.⁴ Ora, uma regra jurídica é o conteúdo de uma vontade superior às vontades individuais, manifestada com o fim de limitar as esferas das vontades humanas que lhe são submetidas. A formação da regra jurídica é, assim, uma declaração de vontade, declaração segundo a qual alguma coisa deva passar a ser um direito. Denominamos fonte jurídica a vontade de onde deriva a regra jurídica. No direito interno, a fonte do direito é, em primeiro lugar, a vontade do próprio Estado. Do mesmo modo, na esfera das relações entre Estados, a fonte de direito não pode ser senão uma vontade proveniente dos Estados. Mas é evidente que esta vontade, que deve ser obrigatória para uma pluralidade de Estados, não pode pertencer a um só Estado. Nem a lei de um Estado, por sí só, nem leis concordantes de vários Estados, podem ter qualidade para impor, aos membros iguais da comunidade internacional, regras obrigatórias de conduta. Mas se a vontade de qualquer Estado particular não pode criar direito internacional, não se pode imaginar senão isto: uma vontade comum, nascida da união dessas vontades particulares, se mostra capaz de preencher êsse fim. Só pode ser fonte de direito internacional uma vontade comum,

4. O direito é sempre um modo de pensar oficializado; o que se denomina "direito objetivo" é somente um sistema de critérios destinados à apreciação oficial dos fatos. Por um lado, o direito *interno*, ou ordem jurídica *estatal*, no regime de justiça pública em que vivemos é o continente de regras, de normas, que são critérios oficiais de apreciação dos fatos de que participam *indivíduos subordinados a um governo*. Por outro lado, o direito *externo*, internacional, das gentes, ou ordem jurídica *internacional*, nada mais é que um sistema de critérios especiais, oficializados pelos próprios Estados, destinados à apreciação jurídica de suas relações de *coordenação*; e esta apreciação se faz atualmente pelos próprios Estados, porque êstes convivem *em regime de justiça privada*: não há governo mais alto a mantê-los em relação de subordinação.

de vários, ou de numerosos, Estados. Consideramos como meio de constituir tal unidade de vontades a "Vereinbarung", termo de que se utiliza a doutrina alemã para designar as verdadeiras uniões de vontades, e as distinguir dos *contratos*, que são, em nossa opinião, acórdos de várias pessoas para declarações de vontades de conteúdos opostos. Encontramos essa "Vereinbarung" nos tratados pelos quais vários Estados adotam uma regra que deve reger sua conduta de modo permanente. Pouco importa que êsses tratados sejam concluídos entre grande número de Estados, como, por exemplo, a Convenção de Genebra, o Ato do Congo, o Ato antiescravista, a Declaração de Paris sôbre direito marítimo, as Convenções de Haia, e muitos outros; ou que êles sejam concluídos entre dois, ou três, Estados, contanto que contenham regras jurídicas, isto é, *direito objetivo*. Mas pode acontecer também que os Estados participantes dêem a entender, por atos concludentes, que êles querem estar ligados por certa regra. Fala-se ordinariamente, neste caso, de uma declaração *tácita* de vontade.⁵ Uma parte importante do direito internacional foi criada dessa maneira; e habitualmente tem sido designada pelo nome de direito internacional *costumeiro*.

Se as deduções que acabam de ser feitas forem exatas, delas resulta esta conclusão: o direito internacional público e o direito interno são, não sòmente partes, ramos, distintos do direito, como também *sistemas jurídicos diferentes*. São dois

5. Em direito, não se pode tomar em consideração vontade *não expressa*, ou *não manifestada*. Indiscutivelmente, a vontade manifestada *sem palavras*, faladas, ou escritas, pode ter o mesmo valor que a vontade manifestada por palavras, faladas, ou escritas; mas é preciso não esquecer que *vontade tácita* não é vontade *não manifestada*, *não expressa*, ou *presumida*; e sim só pode ser vontade *expressa*, não por palavras, faladas, ou escritas, mas por gestos, atitudes, ou sinais *inequívocos*. Por isso mesmo, TRIEPEL refere-se a "atos concludentes". Em direito, a vontade, enquanto estado de alma, não é, nem pode ser, tomada em consideração; ao direito só interessa a *manifestação* da vontade, e não a vontade efetiva, ou a vontade em si mesma, que jamais poderá ser conhecida; vale dizer: em direito, sem manifestação, não há vontade, e portanto não pode haver vontade tácita, ou presumida, como sinônimo de vontade *não manifestada*.

círculos em íntimo contato mas que jamais se superpõem.⁶ Desde que o direito interno e o direito internacional não regem as mesmas relações, é impossível que haja jamais uma *concorrência* entre as fontes dos dois sistemas jurídicos. Enquanto o direito privado, ou o direito penal, de dois países, *lutam, às vezes por se apoderarem de uma mesma situação de fato*,⁷ tal conflito não pode ter lugar entre o direito internacional e o direito interno.

É também, do nosso ponto-de-vista, patente contradição *assimilar* o direito internacional ao direito interno. Uma regra de origem internacional pode ser convertida em conteúdo de uma regra de direito interno. Mas, salvo casos de que teremos

6. REDSLOB ainda melhora essa afirmativa, dizendo: "são sistemas planetários, cada qual com seu centro e com suas leis de gravitação". É, pois, absolutamente impossível confundi-los, ou imaginá-los um em dependência do outro.

7. A imaginação de dois direitos a lutar por se apoderarem de um mesmo fato mostra bem que os juristas foram sempre propensos a *materializar* e *animar* o direito, isto é, referir-se a êste como se fôsse sêr vivo, cheio de vontades e de propósitos, ou coisa material dotada de energia expansível, deixando, assim, despercebido que o conteúdo da norma jurídica é um modo de pensar, e nada mais do que isto. HELLER observou muito bem que o linguajar comum costuma personalizar o direito, dotando-o de poder, de braço, de mão, e de esforço por alcançar, atributos fictícios e inúteis, todos implicando, insinuando, a existência de um agente vivo a forçar o cidadão a obedecer, ou a suportar as conseqüências da desobediência (FRANCIS H. HELLER, Introduction to American Constitutional Law, pág. 7). Daí a ilusão de poder o direito aplicar-se automaticamente aos fatos, ou de poder mesmo quem não tem jurisdição concretizar a ordem jurídica, produzindo direitos subjetivos.

Mas, além disso, êsse irrefletido *obiter dictum*, se fôsse tomado em sentido real, poria por terra tôda a doutrina de TRIEPEL, pois se pudesse haver *conflitos* entre as ordens nacionais, por força de maior razão, poderiam surgir entre as mesmas e a ordem internacional. De conflito só se poderia cogitar se os direitos colidentes fôsem partes integrantes de um mesmo todo (monismo). Mas cada ordem jurídica estatal é um sistema *autocrático*, no sentido de que a validade de suas normas emana exclusivamente dêsse mesmo todo, o que é reconhecido pelo próprio TRIEPEL, nesta mesma brilhantíssima exposição de sua doutrina (pág. 17, 21 e 43).

de falar, a chamada *apropriação* das disposições de direito internacional público pela legislação do Estado não pode ser concebida como simples translação de uma regra de direito internacional para o direito interno. Um tratado internacional, por exemplo, *obriga o Estado* a conceder garantia para um empréstimo, ou coisa semelhante; a lei de execução *autoriza* o govêrno a garantir. Um tratado de extradição *obriga* o Estado a entregar criminosos; a lei de execução obriga as autoridades policiais a se apoderarem do criminoso refugiado, e as *autoriza* a remeter o malfeitor para o estrangeiro.

Certamente, a lei interna dependerá, muitas vêzes, de uma regra de direito internacional, mas, neste caso, será promulgada uma regra jurídica *cujo conteúdo não é o mesmo*. Não se trata, em semelhante “apropriação”, de recepção, mas de *reprodução* sob forma modificada.

Nossa tese significa, de resto, que jamais a formação do direito internacional público pode substituir a formação do direito interno; a fonte do direito interno deve agir por si mesma para tornar, de qualquer modo, *seu*, o direito criado pela fonte de direito internacional. Um tratado de direito internacional não é, portanto, em si mesmo, meio de criação do direito interno; jamais. Pode sòmente constituir uma solicitação para se criar êsse direito, mas a formação do direito repousa sempre, no Estado, sôbre um ato particular de vontade estatal, distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional. É êrro dizer que a *publicação* de um tratado internacional pelo govêrno de um Estado, a fim de o fazer observar pelas autoridades e pelos súditos, tem por efeito atribuir ao tratado sua *validade interna*. Porque o tratado internacional continua sendo tratado internacional, ainda quando seja publicado em jornal oficial, ou de outro modo; e não se pode falar senão de *validade internacional* dos tratados. Pôsto que o tratado seja publicado pelo Estado, o mesmo não é obrigatório senão para o próprio Estado; e ainda é inexato dizer que a publicação do tratado *o torna obrigatório* para os súditos do Estado: não é o tratado, é a norma estatal, criada talvez pelo simples meio de publicação do tratado, que é obrigatória para os súditos do Estado. Deve-se,

então, dizer: uma fonte de direito internacional é também incapaz de criar, por si mesma, uma regra de direito interno, tanto quanto uma fonte de direito interno não se encontra em condições de produzir, por si mesma, direito internacional.

A doutrina que acaba de ser exposta pode ser denominada: "teoria dualista das relações entre o direito internacional e o direito interno". Em geral, salvo certas modificações, tem sido aprovada na Alemanha, na França e na Itália, onde foi defendida por ANZILOTTI, nosso ilustre colega de Roma. Encontrou, entretanto, recentemente, adversários ardentes. Foi atacada, por exemplo, por LÉON DUGUIT, o eminente teórico do direito público, por KRABBE, o sábio professor da Universidade de Leida, e principalmente por uma escola de juristas austríacos que vê em HANS Kelsen, professor da Universidade de Viena, seu mestre e seu porta-bandeira. Entre as opiniões de DUGUIT, KRABBE e Kelsen, há vários pontos de contato, mas, para simplificar, não trataremos senão daquelas da escola austríaca. Aliás, é bem difícil expor as idéias desta escola, no que dizem respeito ao direito internacional, porque são baseadas numa teoria geral do direito. Experimentemos resumí-las em poucas palavras.

KELSEN desenvolveu suas idéias principalmente num livro intitulado "Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrechts", trabalho que deve ser visto como complemento da obra principal do mesmo autor: "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre". Segundo KEISEN, é de todo impossível dizer-se que dois sistemas jurídicos têm validade, um ao lado do outro. Pelo menos é impossível aceitar isso do ponto-de-vista puramente jurídico. Por consequência, o dualismo do direito internacional e do direito interno, de que parte a doutrina dominante, é idéia errônea. É preciso admitir que o direito internacional e o direito interno formam uma unidade lógica; é necessário substituir a doutrina *dualista* pela teoria *monista*. Por que? A teoria dualista pretende que o direito internacional e o direito interno sejam opostos pela diferença das vontades, que são suas fontes. Entretanto, segundo Kelsen, é idéia metódicamente inadmissível derivar o direito da vontade humana. Jogar com o con-

ceito da vontade, é jogar com conceito sociológico, ou psicológico, não com conceito jurídico. E, ao introduzir-se êsse conceito no domínio da ciência jurídica, comete-se o crime de *sincetismo de métodos*. O próprio direito é vontade; e não é a vontade humana que cria o direito. A ciência jurídica não é, como a sociologia, ciência que se ocupa do *ser*, mas ciência do *dever*. É ciência normativa, isto é, que não se refere senão a normas. Ora, a validade de uma norma depende sempre e somente de outra norma, de que ela provém. É preciso, então, imaginar todo o sistema do direito como uma gigantêsca pirâmide, cujo vértice consiste numa regra suprema, chamada *norma originária*. Como esta norma não pode encontrar outra, superior a si mesma, e como a validade de cada norma deve sempre depender de outra, a norma originária não pode ser senão *hipotética*. É assim que a unidade do sistema do direito é garantida.

Não há, na verdade, vários sistemas de direito. Existe um só sistema, cujas partes tôdas têm sua fonte comum na norma originária. Dêste ponto-de-vista deve parecer absolutamente impossível que duas regras jurídicas se contradigam, porque, em caso de conflito, ou uma, ou outra, deve ser nula; seja porque uma das duas regras, como superior à outra, leva vantagem sôbre esta, seja porque uma norma superior a ambas, em última análise a norma originária, resolve o conflito.

Quanto às relações entre o direito internacional e o direito interno, KELSEN afirma que êstes dois ramos do direito não são sistemas jurídicos diferentes, mas partes de um mesmo sistema; e aí está por que é impossível sejam, de qualquer modo, contraditórios.

KELSEN critica nossa tese, segundo a qual uma lei do Estado pode ser contrária ao direito internacional. Semelhante tese, na opinião dêle, encerra uma contradição lógica. Em caso de conflito, ou a regra internacional, ou a regra de direito interno, deve ser considerada nula. Por conseguinte, a questão que se propõe é a de saber se o direito interno é subordinado ao internacional, ou se êste é subordinado àquele. Haverá um primado do direito interno, ou um primado do direito internacional?

Aí estão duas hipóteses, cada qual *possível*, em si mesma considerada. Criticando-as, KELSEN manifesta certa imparcialidade; mas, afinal o leitor vê que o autor, no íntimo, simpatiza com a doutrina que concede o primado ao direito internacional.

Ora, se isso fôr certo, uma conclusão se impõe: todo o direito interno, as constituições de todos os Estados, e tôdas as leis promulgadas com base nessas constituições, derivam do direito internacional. Pode-se objetar que essas deduções de KELSEN e de sua escola desconhecem êste fato que o direito internacional e o direito interno são destinados a reger relações sociais *diferentes*; que o direito internacional rege relações entre Estados, e o direito interno relações entre indivíduos. Esta objeção, entretanto, não impressionará a KELSEN, nem a seus partidários. Conforme à sua teoria, não é permitido falar de relações *entre* pessoas, de relações regidas pelas regras do direito. Dizem êles que fora do direito não há relações entre pessoas, pois *é o direito que cria tais relações*. Além disso, é um sincretismo de métodos, sociológico e jurídico, considerar o Estado como pessoa diferente das pessoas físicas. O Estado não é, para a ciência jurídica, uma entidade, uma realidade. A ciência jurídica não se ocupa senão de normas. O Estado, aliás também as pessoas físicas, não recebe a qualidade de pessoa senão por efeito das normas jurídicas. O Estado nada mais é que um *ponto final de imputação*, isto é, um ponto hipotético, ao qual se deve, em virtude de uma norma jurídica, imputar os atos daqueles que se denominam ordinariamente *órgãos do Estado*. Por conseguinte não há diferença, nem entre pessoas físicas e pessoas morais, nem entre regras jurídicas referentes a umas e a outras.

Ê preciso convir em que êste encadeamento de idéias é de conseqüência admirável. Sem dúvida, dever-se-ia estar de acôrdo quanto a sua exatidão, se o ponto de partida fôsse sólidamente estabelecido. A doutrina de KELSEN parte da tese que todo o direito é sistema único. Mas esta tese foi concebida, aliás de propósito deliberado, *sem atenção às realidades*. Nós não podemos reconhecer que o direito inglês e o direito russo sejam apenas partes de um só sistema jurídico, e que a vali-

dade das leis neerlandêsas, tanto quanto a das leis chinêsas, dependem, em última análise, *de uma só norma originária*. É uma proposição sedutora afirmar que uma regra de direito não pode tirar sua validade senão de outra regra jurídica. Mas cada hierarquia de normas de direito deve ter um comêço, que não pode ser também uma norma jurídica, porque não se pode, nem construir um edifício, nem continuar uma cadeia, até o infinito. Colocar o fim da corrente numa norma originária hipotética é expediente ineficaz.

Essa hipótese não é, de nenhum modo, melhor do que a doutrina de que somos partidários, segundo a qual o direito não pode ter sua raiz, ou sua origem, num fato jurídico; e as fontes do direito devem ser, em última análise, fatos puramente éticos ou psicológicos. Se derivamos o direito de uma vontade, precisamos, é verdade, demonstrar de onde essa vontade tira sua força obrigatória. Mas responder a essa questão por uma resposta não jurídica, fundar a validade do direito sôbre fatos psicológicos, por exemplo, sôbre o sentimento dos súditos de estarem ligados, em consideração de quaisquer motivos, pela vontade da comunidade, isto vale tanto quanto emitir a idéia de uma norma originária hipotética, que, na verdade, *é pura ficção*. Ora, se derivamos o direito da vontade de um homem, ou de uma comunidade, é-nos permitido afirmar que há tantos sistemas jurídicos quantas sejam as vontades capazes de criar direito. Êsses sistemas podem ser absolutamente independentes um do outro. O direito sueco não tem qualquer relação jurídica com o direito japonês. É arbitrário dizer que um não pode contradizer o outro; e é também arbitrário afirmar que êsses dois sistemas jurídicos são fundados no direito internacional. Se isto fôsse verdade, o direito internacional deveria ter existido desde o comêço do mundo ou, pelo menos, desde o tempo em que Deus expulsou do paraíso os primeiros seres humanos. Vê-se que a teoria de KELSEN é absolutamente anti-histórica.

Insistimos, por conseguinte, na tese: como a fonte do direito interno é a vontade de um só Estado, e como a fonte do direito internacional é a vontade comum, de vários ou de numerosos Estados, trata-se de dois sistemas jurídicos diferentes.

KELSEN tampouco refutou a opinião nossa, de que êsses dois sistemas regem relações diferentes. Não é verdade que as relações entre Estados não diferem das relações entre indivíduos. O Estado é mais que um simples *ponto de imputação*. O Estado é uma verdadeira personalidade; é personalidade independente, distinta da soma dos indivíduos que a compõem. Esta idéa é jurídica, não somente sociológica. Não é justo dizer que é preciso, no interêsse da clareza metódica, separar as noções jurídicas das sociológicas. Ao contrário: não se pode fazer a menor idéa do direito sem pensar nas relações sociais por êle regidas. As relações sociais são a matéria, o direito é a sua forma. Regular as relações sociais; eis o objeto e o fim de todo direito.⁸

A teoria do dualismo entre o direito internacional e o direito interno parece ter outro adversário perigoso na doutrina e na jurisprudência inglêsas e anglo-americanas. Ê, diz-se, reconhecido na Inglaterra, como nos Estados Unidos, que o direito internacional público é, ao mesmo tempo, parte integrante do direito nacional, inglêz e americano. Com efeito, a frase: "*inter-*

8. Ê preciso cautela tanto ao apanhar o pensamento de KELSEN quanto o de TRIEPEL, a fim de não os distanciarmos indevidamente do mundo em que vivemos. KELSEN irrecusavelmente afirma que o orbe *do direito objetivo* (que, para êle, é o das normas jurídicas) e o universo *dos fatos* situam-se em planos diferentes, mas não nega, porque não pode negar, que haja uma realidade sociológica do Estado, isto é, êste fato irrecusável que, subjacente ao Estado, considerado *sensu stricto* como ordem jurídica vigente, "existe uma realidade social, que o produz inicialmente, o mantém depois, o reelabora sucessivamente e o condiciona a todo momento" (RECASENS SICHES). E a palavra *direito*, que tem variadas significações, numa destas, aparece como espécie de precipitado normativo dessa realidade social, ou melhor, cristalização, em forma normativa, de uma série de processos da vida coletiva.

TRIEPEL sustenta que "não se pode fazer a menor idéa do direito, sem pensar nas relações sociais por êle regidas", pois "essas relações são a matéria de que o direito é a forma"; entretanto não afirma, nem poderia afirmar, que a realidade sociológica do Estado seja *natural, física, ou biológica*, constituindo uma coisa que esteja aí fora de nós e independente de nós, no dizer de RECASENS SICHES. O que TRIEPEL notou foi que o Estado reduz-se a "uma trama movediça de relações e de processos inter-humanos,

national law is a part of the law of the land" (o direito internacional é parte do direito nacional) encontra-se tão freqüentemente expressa na doutrina, e principalmente na jurisprudência, que poderia ser considerada como expressão de uma teoria precisa das relações entre o direito internacional e o direito interno.

Mas, vendo-se isso mais de perto, verifica-se que a teoria, segundo a qual o direito das gentes é parte do direito interno, não é geralmente dominante, nem na doutrina, nem na jurisprudência, inglesa e anglo-americana. Tôda uma série de autores importantes não menciona o dogma de que falamos. Não se encontra vestígio dêle, nem em TWISS, nem em HALL, nem em WHEATON, HALLECK, ou WALKER. Foi formalmente negado por OPPENHEIM, em sua obra, bem conhecida. Quando é encontrado, quase nunca se apresenta com a pretensão de ser cânone geralmente aplicável, sendo, antes, tido como apropriado exclusivamente à Inglaterra e aos Estados Unidos. Ainda neste sentido restrito, não é tomado ao pé da letra senão por obras um tanto antiquadas, que se apóiam sôbre concepções do direito natural. É compreendido por uma importante maioria de autores, ingleses pelo menos, num sentido que não se distancia sensivelmente da opinião sustentada pela escola dominante na Alemanha e na Itália. A maior parte dos antigos juristas ingleses como, aliás, a maior parte dos internacionalistas dos séculos XVII e XVIII, foram partidários da concepção que considera o direito internacional como direito natural. Principalmente o célebre

isto é, de *interações*" (LEOPOLD WIESE). Como ninguém ignora, as *relações sociais* (entre indivíduos, ou entre Estados) são tôdas abstratas; e estas relações abstratas é que são "a matéria de que o direito é a forma", isto é, relações "regidas pelo direito", no dizer de TRIEPEL (nô nosso modo de ver, relações *apreciáveis* pelo direito objetivo, que não passa nunca de ser critério de apreciação oficial). Tanto no interior de cada Estado, como na convivência de Estados, sempre se encontra uma condensação, ou aglomeração de processos sociais, que se repetem em determinadas figuras e complexos, e que são efetivamente vividos pelos homens que dela participam (RECASENS SICHES), ou pelos Estados, na convivência internacional, podemos acrescentar. (LUIS RECASENS SICHES, *Tratado de Filosofia del Derecho*, pág. 358-359).

BLACKSTONE, cuja doutrina é baseada nessa imaginação. A influência evidente que a obra de BLACKSTONE exerceu sobre publicistas americanos, como KENT ou WHEATON, explica por que êstes autores hajam resolvido o nosso problema do mesmo modo que seu precursor inglês. Ora, a doutrina do direito natural reconduz tanto o direito internacional, como o direito interno, à natureza ou à razão, ou à outra fonte semelhante. Esta concepção não conduz tampouco a um dualismo das fontes do direito das gentes e do direito interno, mas a fonte única de onde decorrem, ao mesmo tempo, êsses dois direitos. Uma contradição entre êles é, portanto, impossível, porque a natureza não pode decidir aqui num sentido, e alí em rumo diferente. E suposto que o direito internacional é direito existente por si mesmo, independente do consentimento, ou aprovação, dos homens, pode-se justificar a proposição de que não há necessidade de intervenção do poder estatal para dar a êsse direito fôrça obrigatória no Estado. Porque, então obriga os particulares sem o concurso do legislador, e converte-se em direito interno neste sentido que, no interior do Estado, impõe-se à observância dos particulares, na mesma medida que o direito interno, na acepção restrita desta expressão.

Aí está a quintessência da antiga doutrina inglesa. Dela resulta que o direito internacional público, em tôda a sua extensão (*in its full extent*) é parte do direito interno; em seguida, que a lei interna, que em si incorpora regras de direito internacional, não cria direito nôvo, mas tem sòmente valor declaratório. Enfim: está-se bem predisposto, em caso de desacôrdo entre o direito legislativo interno e o direito internacional, a preferir êste, porque é o direito natural; e é isto que têm feito, efetivamente, alguns tribunais de prêsas, na Inglaterra.

Entretanto, a essa teoria dos antigos escritores, hoje se opõe nova doutrina, que nós nos permitimos indicar como a atualmente dominante na Inglaterra. Segundo esta doutrina, o direito internacional público não é, em si mesmo, direito inglês; e não o é porque é aceito, recebido (*adopted*) pelo direito inglês, e na medida em que o fôr. Exige-se, então, uma intervenção da

fonte do direito interno *para transformar* o direito internacional em direito interno. Isto, vê-se logo, a respeito dos tratados internacionais. É, na Inglaterra, princípio absolutamente indiscutido que a conclusão de tratados internacionais inclui-se completamente nas prerrogativas da Coroa. Mas é também princípio indiscutido que esta conclusão, como tal, não pode ter por efeito modificar o direito interno inglês. Segundo o direito constitucional, toda modificação do *municipal law*, prevista por um tratado, depende de lei interna, sob a forma de estatuto *do Parlamento*. Assim, ou o Parlamento decreta um ato geral baseado no tratado, ou vota uma lei de aplicação, ou então concede à Coroa, sob a forma de lei, o direito de modificar no futuro o direito interno, em consequência de tratados e de decretos baixados para sua execução. De tal sorte, o tratado não pode jamais derogar o direito interno; só a lei, ou um regulamento feito em virtude de lei, é capaz disso.

Quanto ao direito internacional costumeiro, é tido na Inglaterra como parte do *common law*. Este *common law* é o velho direito costumeiro do Reino. Como se forma êsse direito costumeiro, é questão muito controvertida. Uns procuram sua fonte na convicção popular; outros nas decisões dos tribunais. Pouco importa, para nós, o que se possa pensar a êsse respeito; porque dizer que o direito internacional é parte do *common law* é reconhecer que o mesmo se converteu em tal, em virtude de uma criação jurídica *nacional*.

De tudo isso, resultam importantes consequências. Se o direito internacional é *adotado* pela fonte do direito inglês, disso não se segue que o mesmo seja aceito por essa fonte *in its full extent*. Pelo contrário: o direito internacional não é direito interno, senão na medida em que é adotado pelo direito interno.

E essa é a razão por que é preciso provar, no caso dado, que essa adoção ocorreu. Uma questão, que se tornou célebre, tem especialmente contribuído para desenvolver esta opinião. É o processo movido contra Keyn, capitão do vapor alemão Francônia. Keyn, nas proximidades de Dover, e dentro da zona de três milhas, teve a infelicidade de abalroar e afundar um

vapor inglês. Foi processado pelos tribunais ingleses, e afinal absolvido. A queixa baseava-se em que, segundo o direito internacional, as águas costeiras, numa zona de três milhas marítimas, são consideradas como território do Estado e que, por esta razão, a competência dos tribunais repressivos ingleses estendia-se a todos os delitos, que fôsem cometidos no interior dessa zona. A côrte Suprema ateu-se à opinião contrária. Declarou que a questão era sòmente a de saber que limites o direito inglês havia traçado à competência dos tribunais nacionais. Supondo que as regras do direito internacional não impedissem de submeter casos como aquêle à competência dos tribunais nacionais, isso não queria dizer que o direito inglês houvesse usado dessa faculdade. E como nenhum estatuto, nenhuma prática, houvesse produzido um direito assim organizado, o acusado devia ser absolvido. Esta absolvição, vivamente criticada na Inglaterra, teve como consequência a votação da lei denominada *Territorial Waters Jurisdiction Act*, em 1878; que, então, preencheu a lacuna do direito legislativo inglês.

Além disso, se o direito internacional não se converte em direito interno, senão por efeito de uma lei, ou de decisões judiciais, é claro que uma contradição entre o direito internacional e o direito interno é, não sòmente possível, mas freqüente. E, então, a regra jurídica que faz prevalecer um sôbre o outro não pode ser duvidosa. Juizes e súditos são obrigados a aplicar, e a observar, mesmo o direito inglês contrário ao direito internacional; não é da alçada dêles, mas do govêrno, preocupar-se com as dificuldades internacionais que disso possam resultar.

Nos Estados Unidos, a doutrina tradicional monista⁹ parece ser respeitada mais fielmente. Menciona-se amiúde uma dispo-

9. Deve ter havido engano do autor em empregar aí o adjetivo "monista", pois o que vem brilhantemente demonstrando, e continua a afirmar, é que, nos Estados Unidos da América do Norte, a doutrina tradicional é a *dualista*, já que sustenta que "a teoria, segundo a qual o direito das gentes é uma parte do direito interno, não é geralmente dominante, nem na doutrina, nem na jurisprudência, inglesa, ou anglo-americana". (pág. 23 e 27).

sição da constituição americana que, diz-se, formalmente sancionou o princípio de que o direito internacional é, ao mesmo tempo, direito interno. Trata-se do art. 6º, que prescreve: “*All treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be supreme law of the land*”. Poder-se-ia acrescentar que uma disposição da nova constituição do Império Alemão admitiu êsse princípio, até em termos mais amplos; o art. 4º, dispondo: “As regras do direito internacional geralmente reconhecidas serão consideradas como obrigatórias em direito alemão”. A constituição federal austríaca reproduziu essa fórmula, quase literalmente. Mas é supreendente que nem o govêrno da União americana, nem a jurisprudência americana, explicam a disposição citada, neste sentido de que os tratados concluídos pelos Estados Unidos são *ipso facto* direito interno. Os tribunais, principalmente, exigem, para que um tratado tenha fôrça obrigatória *para os cidadãos*, que o Presidente dos Estados Unidos, além da ratificação que êle operou, faça uma *proclamação formal* do tratado, de resto usual. Não seria exato atribuir a esta proclamação significação puramente declaratória, porque os tribunais se recusam a aplicar os tratados antes de serem publicados por uma proclamação do presidente. Vê-se que, mesmo nos Estados Unidos, os tratados não produzem direito interno, sem uma intervenção do poder estatal. E é de esperar-se que a jurisdição alemã dê interpretação análoga à disposição constitucional citada. Mas, ainda que acontecesse o contrário, nossa teoria não seria refutada, nem pela constituição americana, nem pela constituição alemã, nem pela constituição austríaca; porque, em qualquer hipótese, seria, então, a constituição do Estado, portanto uma fonte do direito interno, o manancial donde afinal provém para o interior do Estado a fôrça obrigatória do tratado. De resto, poder-se-ia citar êste provérbio inglês: “o Parlamento é todo-poderoso, mas não pode transformar um homem numa mulher”, que assim poderia ser modificado: “a lei estatal é onipotente, mas como o direito internacional rege relações entre Estados, enquanto o direito interno rege relações diversas, não pode, sem transformação, mudar o direito internacional em direito interno”.

CAPÍTULO II

A regra de direito internacional e a regra de direito interno

As investigações teóricas que fizemos tiveram como resultado obrigar-nos a conceber o direito internacional e o direito interno como duas ordens jurídicas diferentes. O caminho se encontra, assim, desembaraçado, e podemos abordar o objeto principal de nosso exame: a investigação das relações recíprocas entre êsses dois sistemas.

As relações de uma ordem jurídica com outra podem ser consideradas de dois pontos-de-vista; podem-se considerar apenas as relações entre os *conteúdos* de cada um dos direitos; ou, então, atender somente às relações entre as *fontes* de que decorre cada um dos direitos. Naturalmente êsses pontos-de-vista, reciprocamente, não se excluem; e começaremos por encarar as relações *entre os conteúdos* do direito internacional e do direito interno.

O conteúdo das regras de uma ordem jurídica, em comparação com o das de outra, apresenta principalmente interesse conforme sejam essas regras semelhantes, ou diferentes. Se se fizer abstração das questões jurídico-políticas, ou jurídico-históricas, será mais importante estabelecer a similitude de duas ordens jurídicas, que sua diferença. Ora, a semelhança das regras jurídicas proveniente de fontes diferentes quase nunca repousa sobre manifestação jurídica simultânea: quase sempre uma nasceu mais tarde que a outra. Por motivos evidentes, o estabelecimento desta similitude jurídica é da maior importância a respeito das regras decorrentes da fonte mais recente, do que relativamente às regras jurídicas provenientes da fontes mais antiga. Denomina-se ordinariamente esta reprodução: *recepção de direito estrangeiro*.

A recepção das regras jurídicas estrangeiras pode realizar-se, do ponto-de-vista da forma, de várias maneiras, correspondentes, em geral, às diferenças formais segundo as quais todo direito é criado. Pode ocorrer mediante convocação explícita de regras jurídicas expressamente formuladas por outra fonte:

é o que acontece, por exemplo, quando um Estado incorpora *in toto*, na sua ordem jurídica, o código civil, ou o código comercial, de outro. Pode suceder, quando seja expressamente estabelecido que certos fatos devam ser regidos como certos outros ou sejam por outra fonte jurídica, sem que o conteúdo das normas desta última seja mencionado no regulamento. Em terceiro, e em quarto, lugar, a primeira fonte pode reenviar tácitamente ao direito formulado, ou não formulado, de uma segunda fonte, na intenção, e com o efeito, que acabo de indicar. Estas três últimas formas de recepção de direito estrangeiro, isto é, a aceitação expressa, ou tácita, sem menção explícita do conteúdo jurídico, nós as denominamos na Alemanha: regras jurídicas por assinatura em branco, que operam recepção de direito.

Antes de examinar as questões referentes à recepção, expressa, ou por assinatura em branco, do direito internacional pelo Estado, ou do direito interno pela ordem internacional, devemos nos ocupar de outra categoria de regras jurídicas por assinatura em branco, que facilmente se confundem com as regras que produzem, por assinatura em branco, recepção de direito estrangeiro. São as regras jurídicas que *reenviam* ao direito estrangeiro, sem todavia se apropriarem de seu conteúdo. Eu as denomino, em falta de melhor expressão, “regras jurídicas por assinatura em branco *que não operam recepção*”. A maior parte destas regras apresenta o caráter comum de ligar uma consequência jurídica a um fato incompletamente definido, e que tem necessidade de uma complementar definição por parte de regras jurídicas de fonte estrangeira. A esta categoria pertencem, por exemplo, as numerosas leis que reenviam às leis estrangeiras sobre a nacionalidade, o processo, as penas. Nalguns desses casos, o conteúdo do direito estrangeiro não é convertido, por assinatura em branco, em conteúdo do direito próprio da fonte jurídica. Se, por exemplo, o código civil francês dispuser: “a mulher francesa, que se casar com um estrangeiro, seguirá a condição de seu marido”, será evidente que esse código não incorpora, no direito francês, o conteúdo das leis estrangeiras que regem as condições dos homens que se casam com mulheres francesas.

Encontram-se, em grande número, regras jurídicas dessa espécie, quando se observam as relações que existem entre o direito internacional e o direito interno. Apresentam-se reenvios do direito interno ao direito internacional, tanto quanto reenvios do direito internacional às normas do direito interno.

O direito interno, de várias maneiras, se serve de tal reenvio: pede principalmente ao direito internacional que complete a definição do fato a que o direito se aplica, cujos elementos não sejam, senão parcialmente, indicados. Uma lei, por exemplo, dispõe: “as pessoas que gozam do privilégio de extraterritorialidade são isentas da jurisdição”. Um código comercial, ou um código penal, ligam à expedição de objetos de contrabando consequências civís, ou penais; ou então falam da impossibilidade de prosseguir a viagem em consequência de um bloqueio. A questão de saber quais são as pessoas que gozam de extraterritorialidade, ou quais sejam os objetos sujeitos a confisco a título de contrabando, é resolvida pelo direito internacional. Não há necessidade de demonstrar que regras dêsse gênero não constituem, de modo algum, *recepção* de normas do direito internacional pelo direito interno. Numa outra categoria de regras de direito interno, a gente se serve do método do reenvio ao direito internacional para indicar as consequências jurídicas que se ligam a um fato de importância internacional. As leis penais reenviam, por exemplo, quando tratam de fixar uma pena, ou de regular um processo criminal, ao “costume de guerra”, ou à “tradição internacional”, ou ao que é “geralmente usado nas relações internacionais”.

As mais das vêzes, o reenvio se refere a tratados internacionais existentes: ordena-se, por exemplo, que se faça o que os mesmos *dispõem*, que devem *permanecer intatos*, ou devam *ser mantidos*. Ainda estas regras não importam recepção de normas internacionais pelo direito interno. Conforme às teses que acima foram expostas, as regras do direito internacional têm objeto regularmente inacessível a qualquer direito interno; êste não pode ordenar a mesma coisa que o direito internacional. Aí está porque as leis de que acabámos de falar não exprimem

o que enuncia o direito internacional sôbre o mesmo fato, mas o que o direito internacional ordena, ou permite, à fonte do direito interno dispor de seu lado sôbre êsse fato. Estas regras por assinatura em branco, do direito interno, que reenviam ao direito internacional, são uma categoria importante do direito interno conforme ao direito internacional, da qual teremos de falar, mais tarde, minuciosamente.

Estas duas categorias de regras por assinatura em branco mostram, como tôda lei dessa espécie, que o legislador se esforça por produzir muito, com auxílio de meios reduzidos, e que o consegue. Não sômente pode, por uma só palavra, criar talvez tôda uma série de regras jurídicas, como também escapa à necessidade de, cada vez que uma modificação se produza em seus deveres internacionais, pôr seu sistema jurídico de acôrdo com êsses deveres. Entretanto, por essa forma, muitas vêzes atravanca o direito interno com regras que trazem em si o caráter de imprecisão, inerente a uma parte considerável do direito internacional; e transfere, assim, o encargo de resolver pontos duvidosos de direito internacional aos órgãos incumbidos da aplicação dessas regras por assinatura em branco. Em certos casos, isso produzirá bom efeito, mas pode tornar-se tarefa espinhosa, quando o direito internacional (o que infelizmente acontece quase sempre) seja região desconhecida para as autoridades subalternas. Esta historieta é ilustrativa. O antigo código criminal do reino do Saxe exigia que se pedissem instruções ministeriais especiais “quando estrangeiros que, segundo os princípios do direito internacional, em gôzo do privilégio de extraterritorialidade, cometessem delito”. *Estrangeiros que...* significava naturalmente *aquêles dos estrangeiros que...* Entretanto, os tribunais inferiores, por várias vêzes, interpretaram essa disposição como se a mesma dissesse que *todos os estrangeiros*, em geral, gozavam do privilégio da extraterritorialidade. Foi necessária uma lei especial, para corrigir êsse surpreendente mal-entendido.

As regras por assinatura em branco do direito internacional reenviam também, às vêzes, ao conteúdo do direito interno, para

melhor precisar as conseqüências jurídicas que as mesmas exprimem.

Desde o primeiro instante, quando ordenam, ou permitem, ao Estado exercer sua autoridade, referem-se às normas do direito interno, no que concerne à maneira pela qual essa autoridade será exercida. A convenção de Berna, por exemplo, dispõe que a apreensão de obras plagiadas será feita de conformidade com a legislação interna de cada país. Não é preciso dizer que um reenvio dessa espécie não tem por efeito transformar as instituições do direito interno em regras internacionais. Mas, com maior freqüência, a regra do direito internacional faz apêlo ao direito interno, para que êste complete a definição de um fato, que não é senão parcialmente definido. Pode-se mesmo dizer que poucas normas internacionais não têm, sôbre um ponto qualquer, necessidade de complemento dêste gênero por parte do direito interno. É o próprio caráter do direito internacional que o leva a se apoiar assim no direito estatal. O direito internacional rege a vida comum dos Estados; mas o que torna o Estado capaz de querer e de agir é a sua própria organização, tal qual resulta das regras jurídicas de que êle mesmo se dotou. Tôdas as vêzes, portanto, que o direito internacional liga conseqüências jurídicas a um ato de vontade do Estado, refere-se às regras de organização que determinam qual vontade, de quais indivíduos, deverá ser considerada como vontade, ou como ato, *do Estado*, e em que condições isso poderá ser feito. É a Constituição do Estado que determina a pessoa que, concluindo e ratificando tratados com potências estrangeiras, poderá obrigar o Estado perante os outros Estados. Além disso, a extensão atribuída, quanto ao espaço e quanto às pessoas, ao poder de certo Estado, e que o direito internacional deve delimitar em relação às outras potências estatais, não é, de modo algum, determinada pela natureza das coisas, mas resulta de regras jurídicas. Tôdas as vêzes, portanto, que o direito internacional cria deveres e direitos recíprocos dos Estados, no que concerne aos nacionais, e aos navios, às moedas, aos títulos, nacionais, refere-se normalmente às regras do direito interno. Isto pode ser feito tácita, ou expressamente. Conhece-se

a fórmula quase estereotipada dos tratados de navegação, em cujos termos, por exemplo, "serão considerados como neerlandêses na Noruega, e como norueguêses no reino dos Países Baixos e suas colônias, os navios que levarem os documentos exigidos para a justificação de nacionalidade dos navios mercantes, pelas leis do Estado a que pertençam, respectivamente".

Pode-se algumas vêzes, é verdade, suscitar a questão do saber se a regra internacional por assinatura em branco se mostra absolutamente indiferente a respeito do conteúdo do direito interno a que se refere. É questão que deve ser respondida, seja pela interpretação das disposições de um tratado, seja por considerações baseadas em princípios gerais de direito, em primeiro lugar do direito internacional. Não é exato, por exemplo, dizer que cada Estado pode soberanamente estabelecer regras de aquisição e perda de sua nacionalidade. Apenas o que é incontestável é que cada Estado possui a liberdade, ilimitada em direito internacional geral, de escolher entre os dois grandes princípios do direito de indigenato: o *ius soli* e o *ius sanguinis*, ou de os temperar de qualquer modo. Mas os Estados não possuem a liberdade de fazer depender a aquisição de sua nacionalidade de circunstâncias escolhidas arbitrariamente, e que não tenham qualquer relação, nem com o parentesco, nem com o domicílio, ou com a origem dos indivíduos. Por certo, a Grã-Bretanha possui, em regra, a liberdade de ditar leis sôbre a aquisição da nacionalidade britânica; entretanto, incontestavelmente haveria intrusão estranha no direito público dos Estados Unidos, e de outros Estados, se uma lei inglêsa estabelecesse que todos aquêles que falam a língua inglêsa são súditos britânicos. Seja, porém, como fôr, o direito internacional não pode deixar de apoiar-se, de qualquer modo, no direito interno.

O direito nacional e o direito internacional podem também ter relações no sentido de que um aplica conceitos aos quais o outro deu certa determinação. Uma lei fala, por exemplo, de *espões*, ou em *parlamentares*; pode acontecer que reenvie às disposições da convenção de Haia concernente às leis de guerra terrestre, que têm desenvolvido exatamente os dois conceitos. Ao contrário, um tratado internacional aplica conceitos deter-

minados pelo direito interno. O tratado de Versalhes, por exemplo, fala de “empresas de utilidade pública”, de “estabelecimentos públicos”, de “domínio público”, de “concessões”, de “circunscrições administrativas”, de “contratos de seguro”, e de “privilégio de primeira classe estabelecido sobre todos os bens e recursos do Império”.

Talvez se deva entender, conforme o tratado, que este pretenda atribuir a essas palavras determinando sentido; mas pode acontecer que o tratado, para definir os conceitos aplicados, faça referência a um direito interno. E, neste caso, apresenta-se a questão, muitas vezes delicada, de saber se o tratado teve em vista o direito interno de uma, ou da outra parte contratante. Questão esta que mais se complica quando várias potências contratantes se encontram de um, e de outro, lado. É, por exemplo, o direito francês, ou o direito inglês, que decide como é preciso compreender a palavra “concessão”, de que se serve o tratado de Versalhes, ou qualquer dos dois deve ser tomado em consideração? Não se pode, algumas vezes, dar solução a casos como êsse, senão após penoso trabalho de interpretação.

Em tôdas as hipóteses de que acabámos de falar, não se trata de *recepção* de regras jurídicas. E, ao que parece, em poucos casos, pode haver verdadeira recepção das regras de direito internacional pelo direito interno, e vice-versa. Na verdade, não se encontra senão raríssimamente tal recepção. Não se pode naturalmente falar de recepção do direito internacional pelo Estado, a não ser que o conteúdo da regra de direito interno corresponda *exatamente* ao conteúdo da regra jurídica internacional; tôda modificação do direito exclui a noção de *recepção jurídica*.

É impossível, ainda que se faça isto freqüentemente, designar pelos nomes de *aceitação*, *apropriação*, *incorporação*, o processo pelo qual o Estado, para cumprir deveres internacionais, publica regras correspondentes ao direito internacional, porque quase sempre essas regras são ordens dadas aos indivíduos; e portanto não são puras reproduções de regras internacionais.

O Estado pode estabelecer regras obrigatórias para *coletividades* que, ou são também Estados, ou são parentes próximos

dêstes sujeitos de direito internacional, em razão de sua qualidade de pessoas morais. Aqui se encontra a razão de ser compreensível que o Estado tome como modelo, para a formação do direito que lhes destina, as regras de direito internacional; porque nada é mais natural do que vê-lo ater-se, para a regulamentação das relações das comunidades que lhe são submetidas, às normas jurídicas que seriam aplicáveis a essas comunidades se estas não estivessem submetidas a seu poder legislativo, ou melhor, estivessem entregues a si mesmas. Assim, o caso mais semelhante, e o mais importante, de que teremos de nos ocupar, é o da recepção do direito internacional *por Estado composto*, para aplicá-lo às relações dos Estados de que se compõe: o Estado federal fornece o exemplo, ou padrão. A hipótese de que elementos do direito internacional existem no sistema jurídico de um Estado federal é verossimilhante, principalmente quando o Estado federal substituiu um sistema de justaposição internacional, existente antes entre os Estados-membros, porque, neste caso, o poder federal nôvo é criado por ato dos Estados-membros, que saem todos, ao mesmo tempo, da esfera internacional, abandonando importantes parcelas de seu poder soberano, e submetendo-se a uma autoridade superior comum. Pode-se, assim, fàcilmente pensar que, para não se despojarem de sua liberdade senão nos limites do necessário, introduzam na constituição federal uma parte do direito que lhes era até então aplicável, isto é, direito internacional. Na verdade, a história constitucional dos grandes Estados federais demonstra que essa hipótese é exata. Os Estados-membros dos Estados Unidos da América, da Confederação Suíça, do Império Alemão, abandonaram sua coordenação internacional, para estabelecer instituições federais: transformaram-se de confederações de Estados em Estados federais. E esta é a razão de se encontrarem, nas constituições dêsses Estados compostos, elementos que lembram as instituições puramente confederativas de outra. Na constituição do Império Alemão, por exemplo, a organização do Bundesrath lembrava, tanto em seus traços gerais, como em seus pormenores, a organização da antiga assembléia confederativa do Bundestag, de Francfort. Nos dois casos,

havia um colégio composto de embaixadores dos Estados-membros munidos de instruções. Nos dois casos, havia um sistema de atribuição de votos, que concedia a cada Estado-membro certo número de sufrágios, calculados de acôrdo com sua importância política na União, reconhecendo-se aos pequenos Estados-membros direito a um voto; aos grandes, direito a vários votos; e aos maiores, direito a maior quantidade de sufrágios. Os votos eram mesmo, afora exceção, repartidos conforme os mesmos algarismos por que o eram na assembléia plenária do Bundestag. Além dessas disposições organizadoras, havia muitos outros elementos da constituição do Império que apresentavam caráter federativo, no sentido restrito da palavra.¹⁰ As finanças do Império eram, em grande parte, baseadas nas contribuições matriculadas dos Estados particulares; o exército era organizado pelo sistema de contingentes. Tudo isso era uma transferência de instituições confederativas, numa recepção de regras de direito internacional convencional pelo direito interno do Estado federal. Entretanto, a recepção de regras de direito internacional por um Estado federal é mais fácil de conceber quando êsse Estado regula legislativamente as relações recíprocas de seus Estados-membros; ou, então, quando o Estado federal considera conveniente adotar formas que outrora foram criadas por convenções especiais entre os Estados-membros. Assim, a lei alemã destinada a impedir a bitributação era apenas a adoção, no direito do Império, de um acôrdo firmado a respeito dessa matéria entre a Rússia e o reino de Saxe.

O Estado federal pode também utilizar formas do direito internacional costumeiro, para regular as relações recíprocas de seus Estados-membros. Na Alemanha, os Estados particulares possuem a liberdade de entreter entre êles próprios relações diplomáticas. O legislador do Império dispôs, em razão disso, por ocasião da elaboração de uma lei de organização judiciária,

10. No original está escrito *federativo*, mas pelo que vem sendo exposto e continua a ser explicado parece que o adjetivo certo é *confederativo*: "caráter confederativo".

que os chefes e membros de missões acreditadas em um Estado federado alemão não são submetidos à jurisdição dos tribunais dêsse Estado. Assim, o legislador recebeu, no direito interno, a regra de direito internacional que concede aos agentes diplomáticos o privilégio da extraterritorialidade. Semelhante recepção pode ter lugar até tácitamente. A lei alemã concernente à aquisição e à perda da nacionalidade parece haver regulado de maneira completa os fatos que importam mudança de nacionalidade; mas, na verdade, esqueceu-se de considerar o caso de cessão de território. Por ocasião de várias cessões de territórios, recentemente ocorridas, entre alguns Estados alemães, leis especiais do Império preencheram a lacuna da lei anterior, dispondo que os súditos do Estado cedente, habitantes do território cedido, perdem sua nacionalidade e adquirem a nacionalidade do Estado cessionário. Foi recepção formal de regra geral de direito internacional, segundo a qual a mudança de autoridade num território tem como consequência a mudança de nacionalidade de seus habitantes, contanto que êstes fôssem súditos do antigo Estado.

Acontece que, há perto de vinte anos,¹¹ tais transformações de território ocorreram no interior da Alemanha, sem que uma lei federal se haja manifestado sôbre as consequências dêsses acontecimentos no tocante à nacionalidade; todavia tem-se geralmente admitido que o direito alemão compreende uma regra jurídica não escrita que, a êsse respeito, corresponde à regra geral de direito internacional. Se a área em que se pode demonstrar a aceitação das regras de direito internacional pelo direito interno é restrita, outra coisa não acontece na hipótese inversa, da recepção das normas do direito interno pelas fontes do direito internacional; e a razão disto é aqui, do mesmo modo, evidente. Qualquer *adoção* do direito internacional por um Estado não era concebível, como vimos, senão quando se pudessem perceber, nas relações recíprocas de vários agrupamentos no interior do Estado, analogias com as relações regidas pelo

11. Não esquecer que isso foi afirmado em curso dado no ano de 1923.

direito internacional. Do mesmo modo, em sentido inverso, não se pode representar uma aceitação, no direito internacional, das regras saídas do direito interno, senão na medida em que as relações de Estado para Estado podem ser comparadas às relações regidas pelo direito interno.

Poder-se-ia supor que somente o direito interno referente às relações entre indivíduos pertencentes ao Estado, isto é, o *direito privado* fôsse adotado por uma fonte de direito internacional; isto porque, segundo opinião muito difundida, os Estados se conduzem, em suas relações recíprocas, de modo semelhante ou, pelo menos, análogo àquele pelo qual se conduzem os indivíduos em suas relações mútuas. Apoiando-se nesta observação, os teóricos do direito internacional têm admitido, de fato, uma adoção dêste gênero, em desmedida escala. O direito romano, o direito canônico, ainda mais outros direitos, deveriam fornecer matéria a esta transposição doutrinal.

Os fundadores do direito internacional, principalmente o grande holandês HUGO GROTIUS, haviam empreendido a tarefa grandiosa de criar um direito internacional, que sua época ainda não conhecia. GROTIUS delineou esbôço imponente de um direito tal como devia ser. O direito romano, de caráter universal, cientificamente fortalecido, podia fornecer-lhe os elementos necessários. Antes de tudo, o direito internacional devia ser conforme à razão, e o direito romano era, nessa época, admitido como *ratio scripta*, como razão escrita. A recepção do direito romano na doutrina do direito internacional foi, então, obra do direito natural. E é porque a idéia do direito natural tem influído, até à nossa época, na ciência do direito internacional, que a pretensa validade dos princípios do direito privado desempenha, ainda hoje, na doutrina, papel considerável em matéria de relações internacionais.¹² Mas, como a ciência do direito interna-

12. Nesse mesmo sentido, KARL WOLFF, grande internacionalista, notou, como mestre, que até o comêço dêste século, os princípios gerais de direito, quase todos, foram desenvolvidos na esfera do direito civil, mostrando que isso aconteceu porque os direitos das nações civilizadas se originaram do direito romano, e os romanistas, que haviam desenvolvido admiravelmente a doutrina do direito privado, tinham se descuidado intei-

cional hoje é geralmente positivista, a questão assim se põe: “como se comporta, em face dessas pretensões teóricas, o direito internacional real, o direito positivo, convencional ou costumeiro?” “Efetivamente, em larga escala, tem-se apropriado das regras do direito privado?”

Dissémos que uma recepção de normas do direito privado pelo direito internacional não é concebível senão nos casos em que os Estados entretêm, entre êles, relações correspondentes às que são entretidas por indivíduos submetidos a um regime jurídico nacional. Aí está a razão por que é, desde o primeiro instante, impossível admitir uma recepção do direito privado no direito internacional, a respeito das relações internacionais consistentes na limitação dos poderes estatais, uns em relação aos outros, pois não se encontra, na esfera das relações individuais, regidas pelo direito interno, nada que corresponda a essas relações interestatais. Certamente, a doutrina e a prática dos séculos passados, dominados pela idéia patrimonial do Estado, segundo a qual o monarca era considerado proprietário do país, trataram de numerosos casos relativos ao abandono da soberania sôbre um território, servindo-se das noções do direito privado como, por exemplo, a da compra, da permuta, do empréstimo, do depósito, do contrato de penhor. Mas, depois de muito

ramente do estudo do direito público. E, por esta razão, foi-se firmando a convicção de que os princípios gerais, de direito *civil* eram princípios gerais *de direito*, e tôdas as concepções jurídicas deviam ser dominadas pelo direito civil, ainda que estivessem fora de seu campo (KARL WOLFF, *Les principes généraux du droit*, in *Recueil des Cours*, vol. 36, pág. 384). É o que se denomina *civilismo*. Parasita, cipó-de-chumbo, erva-de-passarinho que tem atacado todos os ramos do direito. Inumeráveis juristas formam *concepção civilista* dos outros ramos do direito, na ilusão de que o direito civil domina tudo, abrange tudo, e pode penetrar com suas regras e seus métodos em tôda parte, deslembados de que cada ramo do direito tem sua própria técnica, e os interêsses apreciáveis pelas regras do direito civil são totalmente diversos das pretensões apreciáveis pelo direito das gentes. Os interêsses de duas, ou mais, nações no canal de Corfu, ou no canal de Suez, não podem ser apreciados pelas mesmas regras por que se apreciam as pretensões de dois fazendeiros sôbre um córrego que separe as suas propriedades.

tempo, a idéia de Estado patrimonial foi abandonada. Hoje não é mais possível sustentar que o direito internacional se haja apropriado das regras de direito privado concernentes à propriedade, à posse, às servidões, à hipoteca, à ocupação, à *derelictio*, à tradição, à sucessão nos direitos; e aplicá-las à soberania, em relação ao território, ou em relação aos súditos. As transformações da soberania dos Estados não são semelhantes às transferências da propriedade individual; devem ser apreciadas segundo suas próprias leis.

Mas, ao lado dessas relações, ainda existe uma vasta esfera no interior da qual os Estados não se conduzem, uns em relação aos outros, de modo diverso daquele por que se conduzem os particulares. Como as pessoas físicas, o Estado entretém, com seus semelhantes, relações *econômicas*; e êste comércio econômico é atinente a transações que não se distinguem, por seu objeto, dos negócios designados pelo mesmo nome no comércio individual. Acontece que um Estado empresta dinheiro a outro, que um Estado gere os negócios de outro, que dois Estados fazem um contrato de sociedade, ou que vários Estados concordam em garantir um empréstimo.

O direito internacional tem, para êsses casos, adotado as normas do direito interno? A êste respeito, é preciso distinguir entre duas espécies de relações econômicas. Em primeiro lugar, pode acontecer que o govêrno de um Estado entre em relação jurídica *com o fisco* de outro. Um Estado vende a outro, por exemplo, um terreno para a construção do palácio da embaixada; ou então lhe vende armas, munições, ou navios desnecessários ao serviço público. Nestes casos, trata-se de relações entre Estados regidas desde o princípio pelo direito privado. Só se levanta, portanto, a questão de saber se é o direito privado do Estado comprador, ou o direito privado do Estado vendedor, que rege o contrato concluído entre êles. Esta questão é de direito internacional *privado*; não se trata de recepção de direito privado no direito internacional público. Ao lado dêsses contratos internacionais, que são verdadeiros contratos de direito privado, há porém numerosas convenções internacionais, mesmo de conteúdo econômico, que não se podem considerar

como regidas por um direito privado: — dois Estados aliados, por exemplo, convencionam a respeito da partilha, entre suas armadas beligerantes, do despôjo feito em comum, em terra e mar; vários Estados acordam em construir, por custeio comum, uma estrada de ferro, ou um túnel; um Estado assume o compromisso, pela assinatura de um tratado de paz, de pagar uma soma, a título de indenização de guerra, de reparar certos danos, de ceder a propriedade de certo número de navios mercantes; ou então um govêrno reconhece dever a outro determinada soma; ou ainda renuncia algumas anuidades que ainda lhe eram devidas a título de indenização de guerra, fixada por um tratado de paz.

Acontece também que obrigações internacionais dêsse gênero se formam, sem que intervenha convenção especial. Um govêrno, por exemplo, faz o adiantamento das despesas de viagem de uma testemunha, cujo comparecimento pessoal, em certa causa penal, foi pedido pelo govêrno de outro Estado. Por isso, o govêrno deprecante é obrigado a reembolsar a soma adiantada. Em todos os casos, trata-se de obrigações convencionais, ou quase convencionais, que não pertencem ao direito civil, mas ao direito internacional público.

E é aqui que a questão se levanta: “o direito internacional tem, a fim de regular essas obrigações, adotado as normas de um direito interno?” “E de que direito interno?”

A segunda parte da questão mostra logo quanto a resposta é difícil. Que direito privado poderia pretender ser o tesouro de onde o direito internacional haja tirado suas riquezas? O direito romano? Mas isto é evidentemente impossível em todos os casos em que, de dois govêrnos contratantes, um ou outro, talvez nem um, nem outro, tenha conhecimento exato do direito romano. Como seria possível declarar o direito romano aplicável ao tratado concluído entre Estados europeus e Marrocos, pelo qual êsses Estados garantissem ao sultão contribuições para a manutenção de um farol no cabo Spartel? Ou será que o direito privado das partes contratantes, em vigor no momento da conclusão, ou da aplicação, de um tratado internacional, deve reger,

na qualidade de norma *recebida*, as relações convencionais dos dois Estados? Mas o direito privado de que Estado? Poder-se-ia talvez admitir que, sendo uma convenção concluída entre dois Estados, cujos direitos privados são baseados sôbre os mesmos princípios (como o *common law* na Inglaterra e nos Estados Unidos) êsses princípios, em falta de estipulações formais, regem também as relações convencionais entre os dois Estados. Acontece que tais situações não são freqüentes; ao contrário, na maioria das vêzes, os direitos privados dos Estados contratantes diferem. A dificuldade aumenta conforme o número de Estados que participam de uma convenção. Em 1857, quatorze Estados, entre os quais a Prússia, a Rússia, a Grã Bretanha e a França, concluíram o famoso tratado referente ao resgate dos direitos do Sunda. A Dinamarca assumiu o compromisso de conservar e manter os faróis acesos para facilitar a navegação no Kattegat, no Sunda e nos Belt. A fim de compensar os sacrifícios impostos à Dinamarca, os outros Estados se comprometeram a pagar trinta milhões de *rigsdalers* (moeda dinamarquêsa) soma a ser repartida de certo modo, e a ser reembolsada em vinte anos. Suponhamos que êsse tratado devesse ser completado, no caso ocorrente, por normas de direito privado. Seria o direito russo, o direito inglês, ou o direito francês, que deveria fornecer o suplemento? Ninguém teria podido responder.

De tudo isso, resulta que as normas de determinado direito privado são aplicáveis a tratados internacionais sômente no caso em que os Estados hajam indicado êsse direito *por acôrdo especial*, seja reenviando ao mesmo expressamente, seja dando a conhecer por atos concludentes que isto e aquilo deveria ser apreciado segundo as regras de determinado direito privado. Então há especial *recepção* do direito privado, limitada a um caso particular; não se pode, entretanto, admitir recepção dessa espécie operada de modo geral. Para preencher as lacunas do direito internacional público, deve-se recorrer a analogias baseadas nos primeiros princípios *dêsse mesmo direito*.

A segunda questão que nos propusemos, isto é, o exame das relações recíprocas das duas *fontes jurídicas*, será um pouco menos árido que as investigações que até agora temos feito.

Acima procurámos demonstrar que o direito internacional e o direito interno existem, um ao lado do outro, como sistemas jurídicos particulares, isto é, um e outro devem ser considerados como produzidos por vontades jurídicas separadas, tendentes a reger relações diferentes. “Vontade jurídica” é o que denominamos “fonte jurídica” ou “fonte de direito”.

A relação existente entre duas fontes de direito não é importante senão quando, por motivos jurídicos, uma se encontra em face da outra em relação de dependência, isto é, quando a vontade criadora do direito deva ser considerada como juridicamente determinável pela vontade que constitue a outra fonte jurídica.

Possibilidade de determinação, em sentido jurídico, existe sempre que uma fonte de direito seja juridicamente subordinada a outra; e, às vezes quando sejam as fontes coordenadas. Se várias fontes são coordenadas é impossível a dependência jurídica de uma vontade a outra, a menos que haja dependência de tôdas a uma terceira vontade superior, que às mesmas se imponha. Por exemplo, os Estados-membros de um Estado federal dependem, uns dos outros, porque são todos submetidos à vontade jurídica do Estado federal. Entre o direito internacional e o direito interno, tal relação de justaposição é impossível, porque os mesmos não decorrem de fontes coordenadas entre as quais uma relação jurídica possa ser estabelecida por terceira fonte, superposta a uma e a outra.

O domínio jurídico de uma fonte sôbre outra apresenta-se sob duas formas. É possível que a fonte dominante estabeleça normas que limitem a *competência* da fonte subordinada. Concede-lhe ou recusa-lhe, em certo limite, a capacidade de produzir direito por si mesma. E daí se segue que os atos da fonte subordinada, que tenham por fim criar direito, são válidos, ou nulos, conforme sejam feitos no interior do quadro assim traçado, ou excedam os seus limites. O melhor exemplo nos é fornecido pelas disposições das constituições federais que recusam aos Estados-membros a capacidade de criar, por si mesmos, direito objetivo, nas matérias para as quais a competência legislativa pertence exclusivamente ao Estado federal.

Quanto às relações entre o direito internacional e o direito interno, é impossível considerar a fonte do direito internacional como superposta à do direito interno, no sentido e com as conseqüências que acabamos de mencionar, porque não se pode falar de validade ou invalidade de uma regra jurídica, senão sob a condição de que a fonte superior, que decide da existência, ou inexistência, de uma regra jurídica, esteja em relação imediata com os sujeitos aos quais o autor dessa regra se dirige. “Ser válido”, “ser nulo”, significa, no interior de um sistema jurídico, produzir, ou não, efeitos para alguém. Assim, o ato legislativo de um Estado-membro pode ser dotado de validade pela constituição do Estado federal, porque os súditos do Estado-membro são também súditos do Estado federal. Mas uma lei do Estado não pode ser dotada de validade pelo direito internacional, porque os súditos do Estado não são sujeitos de direito internacional.¹³ Deve-se, então, desde logo, afastar tôda tentativa de considerar como nula uma lei realmente, ou aparentemente, contrária ao direito internacional; e a máxima — *lex posterior derogat legi priori* — é tão inaplicável ao direito internacional recente, em relação ao direito interno mais antigo, quanto ao direito interno recente, em relação ao direito internacional mais antigo.

Disso resultam importantes conseqüências. O dever de obediência dos súditos, perante a lei do Estado, é absoluto, seja qual fôr a atitude tomada por essa lei, em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional obriga os súditos tanto quanto a lei conforme a êsse direito, pouco importando que se trate de súditos em sentido estrito, isto é, de nacionais, ou de estrangeiros. Por exemplo: a lei que suprime, ou reduz, em capital ou em juros, os direitos dos credores estrangeiros do Estado é válida. A questão de saber se tal procedimento pode provocar reclamações internacionais, e quais, é inteiramente outra.

O princípio que assentamos não é menos importante para os titulares de funções públicas, e especialmente para os juizes:

13. Nem são súditos de qualquer govêrno mais alto que o nacional.

— são todos obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional. Pode acontecer que os tribunais, principalmente os dos Estados federais, como, por exemplo, os tribunais americanos, devam verificar se a lei do Estado é conforme à constituição federal; mas não lhes é permitido examinar uma lei, para julgar de sua validade, do ponto-de-vista de sua admissibilidade internacional. Certamente, existe presunção geral de que o direito interno é conforme às regras de direito internacional, e o juiz nacional tem de levar isto em consideração; entretanto, se a presunção fôr desfeita, não é permitido ao juiz colocar o direito internacional acima do direito de seu próprio país.

Pode, todavia, uma fonte jurídica encontrar-se superposta a outra, num segundo sentido dessa palavra. É possível que a fonte preponderante, em lugar de decidir da aptidão da vontade jurídica subordinada, lhe dê ordens referentes à criação de certo direito. Pode ordenar-lhe a regulamentação de certas matérias, pode proibir-lhe legislar em certas direções, mas sem que a violação da proibição acarrete nulidade; pode, enfim, conceder-lhe autorização para criar regras de direito. É neste sentido que se manifesta a qualidade, que possui o direito internacional, de ser sistema jurídico *superior* ao direito interno. Se o Estado é investido pelo direito internacional, de direitos e deveres, êstes direitos e deveres internacionais podem referir-se à atividade consagrada pelo Estado à criação de seu direito objetivo.

As relações entre o direito interno e o direito internacional, resultantes desta relação entre as duas fontes jurídicas, serão examinadas no capítulo seguinte.

CAPÍTULO III

As prescrições do direito internacional e o direito interno

É somente êste aspecto das relações entre o direito internacional e o direito interno que agora nos interessa: a fonte do direito interno é, em grande escala, obrigada, ou autorizada, pelo direito internacional, a criar ou a não criar, direito. Êste dever

internacional do Estado é a questão mais interessante de que nos vamos ocupar. Vemos aí o Estado obrigado, em assunto em que estamos habituados a considerá-lo como inteiramente livre. Mas o que dá maior importância às relações entre os dois sistemas jurídicos que vamos examinar é que os efeitos imediatos, que produz o direito internacional sobre a vida jurídica da humanidade, manifestam-se aqui de modo mais claro. Para desempenhar sua tarefa, o direito internacional é continuamente obrigado a recorrer ao direito interno. Sem êste, aquêle a diversos respeitos, é inteiramente impotente. Pode ser comparado a um marechal que não dá ordens senão aos chefes das tropas, e não pode atingir seu fim senão sob a condição de que os generais, conformando-se com suas instruções, darão de novo ordens àqueles que lhes são subordinados. Se os generais se esquivam, êle perde a batalha; e, do mesmo modo que uma ordem do marechal provoca dezenas de ordens ulteriores por parte dos subordinados, assim também uma só regra de direito internacional produz, às vêzes, inumeráveis ordens de direito interno, tôdas reduzidas a isto: realizar o direito internacional na vida interior do Estado.

Dêsse ponto-de-vista, todo o sistema jurídico de um Estado se divide, para nós, desde logo, em duas grandes categorias: direito interno internacionalmente relevante, e direito interno internacionalmente indiferente. Denominamos *relevante*, do ponto-de-vista do direito internacional, todo direito interno em cuja introdução, ou manutenção, se manifesta o exercício de um direito internacional, o cumprimento, ou a violação, de um dever internacional do Estado. Por conseguinte, o direito interno, importante do ponto-de-vista internacional, subdivide-se em direito *conforme*, e em direito *contrário*, ao direito internacional; e o primeiro, por sua vez, se biparte em direito *autorizado*, e direito *ordenado*, pelo direito internacional. Rigorosamente falando, não se deveria qualificar de *conforme*, ou de *contrário*, ao direito internacional, senão a *atividade dos governantes*, no que concerne à sua legislação; mas preferimos as expressões que empregamos, porque se recomendam pela concisão.

A oposição entre o direito internacionalmente relevante e o direito internacionalmente indiferente não coincide com a diferença que há entre o direito “interno-internacional”, isto é, respeitante a relações internacionais, e o resto do direito interno. Direito “interno-internacional”, nesse sentido, não é a mesma coisa que direito interno “internacionalmente relevante”, pois há um direito interno-internacional que é indiferente ao verdadeiro direito internacional, enquanto há um direito interno internacionalmente relevante *que não é interno-internacional*. A Suécia e a Noruega, enquanto ligadas por uma união real, eram reciprocamente obrigadas a ter o mesmo rei; o direito da sucessão ao trono que, por êste motivo, ambas deviam conservar, era internacionalmente importante, mas não interno-internacional.

Ao contrário, uma parte muito importante de todo o direito interno-internacional é internacionalmente indiferente. E isto, ainda hoje, é verdade, a respeito da maior parte do direito internacional privado, e do direito penal internacional. O chamado direito internacional privado tem por objeto traçar normas de aplicação para o juiz provocado a escolher entre a aplicação do direito interno e a de um direito estrangeiro. Há regras de direito internacional, no sentido exato, isto é, de direito internacional público (por exemplo, aquelas muito conhecidas das diversas convenções de Haia) que impõem ao Estado, perante outros Estados, o dever de fazer julgar por determinado direito estrangeiro atos em que tomaram parte nacionais dêsses Estados, ou que ofereçam, para êstes, particular interêsse. Apenas o direito interno conforme, ou contrário, a essas regras do direito internacional público, escritas, ou não escritas, na verdade pouco numerosas, é que é internacionalmente relevante; todo o resto do direito internacional privado interno é internacionalmente indiferente.

Disso se segue que, quando somos obrigados a examinar uma regra do direito interno, do ponto-de-vista de sua importância internacional, seu conteúdo em nada nos auxilia. Há, por exemplo, em alguns países, leis relativas às medidas a tomar contra a filoxera, que não têm, de modo algum, a aparência de

serem ordenadas pela convenção internacional, bem conhecida, de 1878-1881. Inversamente, onde o direito interno protege interesses estrangeiros, onde pune, por exemplo, a falsificação das moedas, contém disposições para o salvamento, ou assistência, em caso de perigo no mar, seria fácil supôr que êsse direito interno deve a sua formação a ordens do direito internacional. Entretanto essas leis podem ser promulgadas, tanto para observar ordens do direito internacional, como para obedecer preceitos de humanidade, a cortesia internacional, a amizade a nações da mesma raça, ou enfim a elevado interesse particular do Estado legiferante.

Acontece também, que de duas regras jurídicas de Estados diferentes, que tenham o mesmo conteúdo, uma pode ser internacionalmente importante, enquanto seja a outra internacionalmente irrelevante. Quando, por exemplo, um Estado, que não faz parte da União Monetária, ajusta seu sistema monetário ao dos Estados pertencentes à União, como fêz a Espanha em 1868, a respeito do sistema da União Monetária latina, a lei monetária dêsse Estado é internacionalmente irrelevante, enquanto as dos Estados da União são internacionalmente ordenadas.

De resto, porque o direito internacional não é eternamente o mesmo, a importância internacional de uma regra de direito interno pode variar. As antigas leis sôbre direitos autorais, assemelhando os direitos dos autores estrangeiros aos dos nacionais, deixam de ser leis internacionalmente indiferentes e se convertem em internacionalmente relevantes, quando uma convenção sôbre a propriedade literária seja concluída. Inversamente, desde que acaba uma união real entre dois Estados, as leis de sucessão, até êsse momento internacionalmente importantes, se convertem, se continuam a existir, em leis internacionalmente irrelevantes. De tal sorte, questão da importância internacional de uma regra de direito interno não pode receber resposta certa, enquanto o próprio direito internacional não forneça indicação precisa.

Naturalmente, no direito interno internacionalmente importante, o direito *conforme* ao direito internacional é mais inte-

ressante para nós que o direito que lhe seja *contrário*; e, no direito conforme, o direito *ordenado* pelo direito internacional é mais importante que o *autorizado*. O domínio do direito interno autorizado pelo direito internacional é contido em limites muito apertados, porque os direitos que o Estado deve ao direito internacional são, em maior parte, direitos a um ato de outro Estado; não são direitos de agir por si mesmo, senão em pequena escala; e dêstes últimos pequena é a fração que pode ser concebida como poder de criar um direito. Entretanto se, por exemplo, em consequência de um tratado de cessão, o Estado fôr autorizado a estender sua soberania ao território de um país, até então, estrangeiro, isto não poderá acontecer (a não ser nos Estados cujo território é constitucionalmente limitado) senão por meio de incorporação legislativa.

A legislação aqui será então, de fato, permitida pelo direito internacional, porque não é senão pela lei que o exercício completo do direito obtido é realizado. Como o assunto não apresenta grande importância prática, é inútil nêle insistir.

Desde agora, vamos nos ocupar sòmente do direito interno *ordenado* pelo direito internacional. Denominamos *internacionalmente ordenado*, em primeiro lugar, todo direito interno cuja criação se apresente como cumprimento de dever internacional, ou então o direito que o Estado criou sem ser em cumprimento dêsse dever, mas que seja agora obrigado a conservar. Na primeira hipótese, o dever do Estado tem por objeto criar e conservar o direito; na segunda, consiste apenas em conservá-lo.

Inversamente, quando os Estados são internacionalmente adstritos a ter, em certa época, um direito de conteúdo determinado, o Estado que possui o direito de que se trata descumpre seu dever se ab-roga êsse direito e, em seguida, abstem-se de o reintroduzir; ao passo que aquêle que não possui desde o princípio o direito internacionalmente ordenado não descumpre seu dever apenas por não o introduzir. Mas ambos cometem, por assim dizer, *delito internacional permanente*.

Ê preciso distinguir do direito interno internacionalmente ordenado certas categorias de regras jurídicas que freqüentemente com o mesmo se confundem. Trata-se de regras jurídicas

que são, na verdade, promulgadas em consideração ao direito internacional, não, porém, em cumprimento de dever internacional. Podem ser designadas pela denominação ampla de direito *ocasionado pelo direito internacional*. O Estado publica, por exemplo, uma lei para realizar a condição sob a qual certos direitos internacionais lhe foram concedidos, por tratado. Quando o govêrno egípcio decretou o regulamento para a organização dos tribunais internacionais mistos, não fêz isso para cumprir dever, mas para preencher a condição pela qual numerosos Estados consentiam renunciar, em certa medida, sua jurisdição consular no Egito. Esse regulamento não é direito interno *ordenado* pelo direito internacional; é, por assim dizer, direito interno *suposto* pelo direito internacional. A diferença é aliás de grande importância prática. Quando um tratado tira às partes o direito, que lhes reconheciam os princípios gerais, de se desligarem do mesmo, quando qualquer delas viola suas cláusulas, se o tratado substitui esse direito pelo recurso a arbitragem, esta disposição não tem importância, senão quando a parte adversa modifica, em prejuízo da outra, o direito interno *ordenado* pelo tratado, não, porém, quando modifica seu direito interno *suposto*, expressa ou tácitamente, no momento da conclusão do tratado. Conflito interessante entre a Itália e a Suíça pode servir de exemplo. Em 1892, quando foi concluído entre êsses dois Estados um tratado de comércio, os direitos de alfândega podiam, na Itália, segundo disposição em vigor, ser pagos em papel; isto era naturalmente sabido pelo govêrno Suíço, e devia ter certa influência na fixação das tarifas. Por um decreto de 1893, o govêrno italiano exigiu que todos os direitos aduaneiros fôsem pagos em metal, ou em meios de liberação análogos. A Suíça reclamou e, apoiando-se na cláusula compromissória do art. 14 do tratado de comércio, provocou a instauração do tribunal arbitral, previsto para as dificuldades que surgissem quanto à interpretação e a aplicação daquele tratado. A Itália não o aceitou, e em nossa opinião com razão, porque a modificação do direito italiano, de que a Suíça se queixava, era apenas modificação do direito interno *suposto*, não *ordenado*, pelo tratado de comércio.

O Estado não descumpra seus deveres internacionais quando ab-roga lei apenas *suposta* pelo direito internacional. Citemos outro exemplo: segundo o regulamento de Haia, concernente às leis de guerra terrestre, não se deve tratar como *combatentes* senão os homens que pertencem ao exército regular, ou a corpos voluntários comandados por pessoa responsável por seus subordinados, e trazendo sinal distintivo fixo, reconhecível à distância; por conseguinte, é direito internacionalmente *suposto* que aparece quando o Estado, organizando legislativamente sua força armada, institue a formação de corpos voluntários de maneira que, em tempo de guerra, a qualidade de combatente deva ser atribuída aos homens que dêles façam parte. Ainda outro exemplo: não é *dever* do Estado fazer julgar, por tribunais de prêsas, a validade de uma prêsa. Mas o julgamento no processo de reclamação é a *condição indispensável*, por meio da qual, o inimigo, ou os neutros, devem resignar-se ao confisco do bem apreendido. Por conseguinte, as leis sôbre o processo das prêsas não são direito interno *ordenado*, mas direito interno *suposto* pelo direito internacional.

Para esclarecer, tanto quanto possível, o caráter do direito interno ordenado pelo direito internacional, são necessárias algumas observações preliminares. A lei jurídica não é jamais exigida por si mesma. Não vale nunca para a sociedade como fim absoluto; sempre vale sômente como meio em vista de um fim. O interêsse da sociedade não tende principalmente a que o direito exista,¹⁴ mas a que a vida social se desenvolva de certo modo.

14. Em sua convivência, os Estados mantêm uma ordem jurídica positiva, e esta só pode ser concebida como dotada de relativa segurança. A convivência dos Estados é anárquica, mas essa relativa segurança existe, pois, como nota BUCKLAND, o regime de justiça privada, que é aquêle em que vivem os Estados, não é de absoluta falta de garantia, uma vez que o indivíduo não deve proceder apenas como lhe parece direito, mas também como parece direito a seus vizinhos, já que de outro modo poderá não se sair bem.

Ensina RECASENS SICHES que nenhuma ordem jurídica positiva, enquanto obra humana, nem pode ser absolutamente justa, nem pode ser

Se a existência de regras jurídicas pode despertar interesse é somente porque, segundo a experiência, as situações e os fatos que parecem à sociedade necessários, ou úteis, não se produzem, ou não se apresentam, regularmente, sem a existência de um direito, enquanto que, ao contrário, são provocados pela existência de um direito com uma certeza e uma regularidade, se não absolutas, pelo menos, aproximativas. Ora, nós tratamos agora da criação de direito interno feita no interesse da convivência internacional, ou de seus participantes. Este interesse não visa jamais precipuamente a criação mesma do direito, mas o que acontecer se a norma jurídica interna atingir seu fim, isto é, visa a atitude que devem, ou podem, assumir os órgãos e os súditos do Estado, conforme à vontade do legislador. Mais importa, por exemplo, ao beligerante que as tropas inimigas se abstenham de saquear a maltratar os prisioneiros, do que lhes seja isso proibido. Certamente deve desejar que essa proibição seja feita; mas somente porque a experiência lhe ensina que, sem essa proibição, o que ele teme acontecerá mais provavelmente, e que, feita a proibição, o que receia talvez aconteça, ou pode acontecer, mas deve regularmente não acontecer.¹⁵ Disto re-

dotada de segurança absoluta. O máximo a que se pode aspirar é um direito justo e garantido, na medida do possível; uma ordem jurídica positiva perfeitamente justa em todas as suas partes e em todos os seus efeitos, nunca existiu, não existe em qualquer lugar do mundo, nem poderá jamais existir no futuro (LUIS RECASENS SICHES, Tratado de Filosofia del Derecho, pág. 619-620).

15. Aliás poucos são os casos em que o direito objetivo é obedecido *em razão apenas de ser direito*. A grande maioria dos indivíduos paga pontualmente suas dívidas por honestidade, não pelo temor da ação e da execução, nem pensa nisso ao pagá-las; não rouba e não mata em razão de estar escrito no Código Penal que é crime roubar e matar. Sem dúvida, o direito é uma das forças sociais concorrentes para a paz social, mas não é a mais importante, porque das várias e tremendas pressões do grupo sobre o indivíduo — a opinião pública, a religião, a moral, os costumes, a educação — influem muitas vezes mais que o direito, sendo ainda de notar-se que, no ânimo do indivíduo, todas essas forças podem atuar total ou parcialmente, simultânea ou separadamente. Podem tam-

sultam imediatamente duas conseqüências. Primeiro, a *dependência* relativa ao dever de criar direito impôsto ao Estado pelo direito internacional. Não se pode imaginar um só caso em que o Estado fôsse simplesmente obrigado a legiferar, sem ter, a respeito do mesmo assunto, outros deveres internacionais, pelo menos, tão sérios. Os Estados que concluem um tratado de *colonização* não querem sòmente que se conceda a seus súditos no estrangeiro, por meio de leis promulgadas nêsse sentido, o direito de se estabelecerem, ou de serem jurìdica-mente protegidos; querem que lhes seja concedida a coloni-zação *mesma*, a proteção jurídica *efetiva*. Não será preciso dizer que freqüentemente os tratados se contentam com impor o dever de legiferar, sem mencionar o dever de fazer tudo o que pode ainda ser necessário para satisfazer os interêsses principais dos Estados contratantes. Expressam-se assim, por exemplo: “as partes contratantes se obrigam a promulgar leis penais relativas a tal matéria”, sem mencionar o dever de punir os atos que pretendem suprimir. Isto não obstante, o

bém falhar, ao mesmo tempo: é o que acontece na prática do crime; conhecemos casos de ladrões e homicidas que, logo após o cumprimento de penas altas, reincidem. Isto não obstante, é indiscutível que o direito, na grande maioria das vêzes, é obedecido despercebidamente, por motivos metajurídicos, inteiramente alheios ao direito em si mesmo considerado. E isso também acontece na ordem internacional: cada govêrno cumpre regularmente seus deveres para com os estrangeiros e seus governos, muito menos por obediência ao direito das gentes, do que a princípios de humanidade, por motivos políticos, e pelo interêsse de acreditar-se como correto e justo pela opinião pública dominante.

De modo geral, tanto a vida cotidiana dos indivíduos, como a dos Estados, decorrem à margem das regras de direito; como diz CRUET, “a lei corrente das relações sociais é a confiança mútua, e nesta quase não se vê intervir o cuidado da estrita legalidade, dado que ultrapassa as exigências médias da moralidade pública. Numa palavra, tudo se passa como se não houvesse leis” (JEAN CRUET, *A vida do direito e a inutilidade das leis*, pág. 260). O direito, em regra, passa despercebido mesmo aos juristas, enquanto a educação, os costumes, a moral, a religião e a opinião pública estão impressionando e conduzindo governantes e governados incessantemente.

tratado seria violado, tanto no caso de se abster o Estado de promulgar a referida lei penal, como na hipótese, mais importante, de se esquivar, no caso dado, de infligir a pena.

Isso nos conduz a uma segunda observação: a obrigação em que se encontra o Estado, de criar regras de direito, não é senão meio *secundário* de satisfazer interesses internacionais. É inútil onde a própria convivência dos Estados possa impôr imediatamente, àqueles cuja conduta lhe interessa, a atitude desejada. Se o próprio Estado deve ser obrigado a agir, ou não agir, não há necessidade de obrigá-lo a tomar medidas legislativas que lhe imponham o dever de agir, ou de não agir. Quando apesar disso, em tal caso, o Estado põe em jôgo sua legislação, isto se explica, menos por motivo internacional, que de ordem interna. Ao contrário, quando certa conduta dos súditos de um Estado apresenta interesse para os Estados estrangeiros, o único meio normal, e relativamente seguro, que possuem êstes últimos, de atingir seu fim, consiste em se servirem do poder *dêsse Estado* sôbre seus súditos, e o conseguem regularmente recorrendo à legislação do mesmo Estado.

Somos levados por aí a distinguir dois ramos do direito interno, e devemos claramente separá-los. Eu os denomino direito interno *imediatamente* ordenado, e direito interno *indiretamente* ordenado, ou melhor, “internacionalmente indispensável”. Uma regra de direito interno é imediatamente ordenada, quando sua criação, ou sua manutenção, seja obrigação internacional do Estado: há direito interno imediatamente ordenado, quando uma regra jurídica, ou um tratado, impõe ao Estado o dever de ter determinado direito, e êle cumpre êsse dever. Um exemplo, entre outros: a convenção internacional pela luta contra a filoxera assim se exprime: “os Estados contratantes se comprometem a completar sua legislação interna, no sentido de assegurar...” “esta legislação deverá especialmente visar...” Tôdas as leis feitas para a execução dessa convenção formam, na medida em que à mesma são conformes, direito interno *imediatamente ordenado*; mas, sem

que exista disposição expressa a êsse respeito, resulta do sentido de numerosas convenções internacionais que os contratantes quizeram impôr aos Estados *verdadeiro dever de legisferar*. Como, em particular, todos os direitos e deveres subjetivos não podem derivar senão do direito objetivo; como, por outro lado, os tratados modernos sôbre colonização, sôbre o exercícius das profissões, sôbre a propriedade industrial, têm por fim assegurar, cada vez mais, aos súditos dos Estados contratantes, verdadeiros direitos públicos e privados, a promessa de conceder tais direitos já contém regularmente a obrigação de estabelecer, ou de manter, o direito objetivo que lhes dará nascimento.

Tão freqüentemente como se encontra o direito imediatamente ordenado, encontra-se a segunda das categorias do direito interno que acabamos de mencionar: a do direito interno *internacionalmente indispensável*. Damos esta denominação, porque não é ao cumprimento de uma obrigação internacional imediata que essa categoria deve a sua existência. O Estado aqui estabelece leis porque, sem isso, não estaria, *conforme ao direito interno*, em condições de cumprir um dever internacional. O Estado é, por exemplo, obrigado por prescrições do direito internacional, a punir alguns crimes; segundo o princípio *nulla poena sine lege*, o ato ordenado pelo direito internacional não pode ser realizado sem a existência da lei penal estatal; por conseguinte, não é principalmente o direito internacional, mas o direito interno, que força o legislador a agir. No direito imediatamente ordenado, o ato atribuído ao Estado pelo direito internacional consiste em *criar direitos*; aqui o Estado, a respeito de seu próprio direito, coloca-se em situação de cumprir ato determinado pelo direito internacional. Aí a razão pela qual tem sido censurada a nomenclatura "direito internacionalmente indispensável", por não se levar em conta que êsse direito interno é indispensável, tanto em relação ao direito internacional, quanto em relação ao direito interno. A crítica não é infundada, mas freqüentemente é preciso introduzir breves termos técnicos, para evitar perífrases de grande fôlego.

O caráter do direito interno internacionalmente indispensável poderá talvez ser esclarecido por uma comparação feita com o comércio dos particulares: aquêle que, por contrato se encarrega de fornecer mercadorias, se não as possui, não tem o *dever* de adquiri-las; está na necessidade de adquiri-las, se quiser cumprir sua obrigação; mas seu dever consiste em outra coisa, a saber: na entrega das mercadorias. Não haveria um tribunal no mundo que acolhesse a demanda segundo a qual o devedor *da entrega* fôsse condenado à *aquisição*; apenas o devedor não poderia defender-se dessa demanda, alegando que não possuía as mercadorias. O mesmo acontece ao Estado, na hipótese que examinamos. O direito internacional não lhe impõe o dever de promulgar leis de polícia, graças às quais, para conservar sua neutralidade, possa impedir que os cruzadores se abasteçam em seus portos e dêles partam. Mas, se não cumprir o dever de impedir o abastecimento e a partida, não poderá, para fugir às reclamações da parte beligerante, invocar a insuficiência de suas leis internas; isto porque é princípio incontestado de direito internacional que nenhum Estado pode deixar de cumprir dever internacional, nem ser escusado de não o haver cumprido, em razão de não permitir sua legislação os atos necessários. Particularmente, quando se trata, para um Estado, do dever de impedir seus nacionais de praticar atos danosos aos outros Estados, se êstes reclamam, não é escusa admissível alegar que as leis existentes não permitem limitar a liberdade individual. O Estado é responsável ainda quando seu direito *lhe proiba intervir*. Um jurisconsulto inglês disse: “quando teu fôgo queima minha casa, pouco importa que tu tenhas uma péssima bomba de incêndio, pois eu não me queixo senão de uma coisa, é de que teu fôgo queimou minha casa; que tua bomba seja boa é de tua conta, não da minha”.

A tarefa importante do direito interno internacionalmente indispensável é estabelecer verdadeira concordância entre os sistemas do direito internacional e do direito interno. É consequência do direito interno internacionalmente indispensável isto: que os governos, os tribunais, os funcionários públicos, podem obedecer, ao mesmo tempo, às leis de seu próprio país e às

prescrições do direito internacional, a que está sujeito seu Estado.¹⁶ O ato que ordena o Direito internacional, e cuja realização o Estado torna possível, por meio de sua legislação, não pode ser, em si mesmo, ato legislativo, porque o Estado soberano, na verdade, não tem necessidade de dar a si mesmo, por uma lei, a autorização de legiferar;¹⁷ e o Estado não soberano não poderia dá-la a si mesmo por sua lei particular. Trata-se então, sempre, de atos de govêrno, atos administrativos, atos judiciais, cuja autorização é dada pelo direito interno internacionalmente indispensável.

Vê-se desde logo onde pode ser encontrada esta categoria de regras jurídicas. O Estado absoluto não tem necessidade dela. Encontram-se essas regras onde os órgãos de execução, inclusive os tribunais, não têm qualidade de agir senão em limites traçados por lei, e onde existam limites legais ao poder executivo: *em Estado constitucional, seja monarquia, ou república*. Onde tais limites existam, aquelas regras não podem ser desprezadas sem modificação da lei, ainda quando impeçam o cumprimento de um dever internacional. Suponhamos que um estrangeiro, talvez em gôzo do privilégio da extraterritorialidade, seja prêso contra a norma de direito internacional. Se, de acôrdo com o código de processo, o juiz fôr a única autoridade competente para pôr em liberdade o indivíduo processado, ne-

16. É preciso atenção, para bem entender êsse período, porque o autor, à pág. 10, ensina, aliás corretamente, que as autoridades e os súditos só obedecem ao direito interno, cujo conteúdo, ainda quando igual ao do direito internacional, é de essência diversa, razão pela qual é erro falar-se em *validade interna* do tratado. Por conseguinte, os tribunais, os funcionários públicos, os súditos só obedecem «às prescrições do direito internacional, a que está sujeito seu Estado» indiretamente, isto é, por fôrça exclusiva das ordens de execução dos tratados.

17. Tratado não é lei; nem é apreciável por direito interno; e o Estado legisla, não porque o direito internacional *lhe permita* legislar, pois a origem da soberania, quer como poder legislativo, quer como poder judiciário, ou poder executivo, não se encontra na convivência dos Estados: está sempre *na base do próprio Estado*, que é independente de todos os outros.

nhum chefe de Estado poderia, para evitar ameaçadores conflitos internacionais, sustar o processo, a menos que a constituição lhe concedesse o direito de indulto. Nenhum govêrno poderia transgredir as leis orçamentárias com a declaração de que está obrigado, pelo direito internacional, a efetuar pagamentos. A criação do direito interno internacionalmente indispensável é imprescindível, no sentido mais restrito desta palavra, quando deva permitir satisfazer uma reclamação internacional já apresentada e imediatamente exequível. O govêrno, por exemplo, se comprometeu a conceder uma anistia; para êste fim, deve obter, por lei formal, a autorização exigida pela constituição.

Mas esta regra fundamental de direito internacional em virtude da qual nenhum Estado pode recusar-se a cumprir um dever, a pretexto de lacuna em sua legislação, obriga freqüentemente o legislador a agir, ainda antes de ser a reclamação concreta apresentada. Seria preencher a lacuna muito tarde, cuidar de iniciar essa tarefa, depois de apresentada a reclamação, porque, na maioria das vêzes a prestação não pode ser adiada. Aliás, seria, em muitos casos, inteiramente impossível, a menos que o Estado pretendesse promulgar lei retroativa, meio, sem dúvida, que tem sempre virtualmente à sua disposição, mas que é contestável,¹⁸ e é, às mais das vêzes, condenável. Basta imaginar o caso em que a prestação consiste em punir as infrações de um súdito. Disto resulta que ordinariamente as normas de direito interno *indiretamente ordenado* já existem muito tempo

18. A lei nem sempre contempla ações futuras, às vêzes refere-se a atividades passadas. "Há leis com efeito retroativo, e não vale dizer que não devem existir, porque existem. O direito não é regra de ação futura, mas critério com que avaliamos e julgamos *o que já aconteceu*" (ESPOSITO apud ADOLFO RAVÀ, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, p. 102; LUDWIG ENNECERUS & HANS KARL NIPPERDEY, *Derecho Civil*, vol. I, p. 232). Aliás, *relativamente aos órgãos do Estado* é que se pode falar em não haver leis retroativas, porque, para os particulares, o direito é sempre *ex post facto*. Na prática diária, ao julgarem os feitos, os juizes observam regras que não eram conhecidas das partes interessadas, quando ocorreram as causas do litígio (JOHN CHIPMAN GRAY, *The nature and the sources of the law*, p. 99 e 100).

antes de se manifestarem como internacionalmente *indispensáveis*, e que freqüentemente não nos apercebemos de sua importância internacional, sobretudo quando se trata de autorizações muito amplas, dadas ao poder executivo, por exemplo em matéria de polícia. Na criação do direito internacionalmente indispensável, aparece menos o Estado fiel a seus deveres internacionais, do que o Estado previdente do ponto-de-vista internacional, o *diligens pater familias*, na esfera da convivência internacional. Certamente o Estado não sentirá a necessidade de assegurar *por antecipação* o cumprimento dos deveres que poderiam nascer para êle de uma regra internacional criada no futuro, ou de um tratado qualquer que êle conclua no futuro, porque nenhum Estado pode ser obrigado por norma internacional, nem por tratado, de cuja formação não participou, ou ao qual depois não se submeteu. Mas isto muda, no momento mesmo em que a conclusão de um tratado criador de direito objetivo, ou de direitos subjetivos, se torna iminente. Precisamente porque o Estado não é obrigado a firmar nem um, nem outro, não poderá escusar-se mais tarde, em face de seu co-contratante, da inexecução de sua obrigação, alegando que seu direito interno não prevê as condições em que será cumprida essa obrigação; era-lhe lícito prevê-las.

É também absolutamente regular, ou que o direito interno indispensável para a execução de um tratado seja publicado pouco tempo antes da conclusão definitiva desse tratado, isto é, entre a assinatura e a ratificação do mesmo, ou que o processo parlamentar esteja, nessa ocasião, bem adiantado, a fim de que, no momento em que o acôrdo esteja concluído, não haja mais que fazer senão promulgar e publicar a lei. Se o Estado pode encontrar-se na contingência de criar direito interno internacionalmente indispensável, em previsão de deveres que nascerão mais tarde de um título jurídico internacional, encontra-se ainda mais forçado a criar êsse direito, quando o título jurídico já exista, e não reste senão determinar o dever exato de prestação quando, por assim dizer, *actio nondum nata est*. Isto acontece principalmente quando o dever de prestação, que se impõe ao Estado em consequência de um tratado internacional, depen-

de da realização de uma condição, da chegada de um t ermo, do cumprimento de uma contraprestação do credor. Desde que o dever nasceu, o cumprimento não pode mais ser adiado; o Estado deve, então, antecipadamente ter tomado as medidas de direito interno necessárias.

Mas, eis o que   muito mais importante: o Estado deve *permanentemente* manter seu direito preparado para o caso de aparecerem deveres internacionais, que lhe sejam impostos pela ocorrência de fatos que não consistam em opera es jurídicas, isto  , deveres que a  le sejam impostos diretamente em virtude de uma regra de direito objetivo, em razão de uma regra de direito geral. Todo direito interno que permite ao Estado, no momento em que apareça êsse dever, permanecer fiel às suas obriga es  , no nosso entender, direito internacionalmente indispensável. Por essa razão o Estado providente deve antecipadamente organizar seu direito interno de modo que possa cumprir os deveres que lhe sejam impostos como beligerante, ou como neutro, mesmo que não saiba se, e quando, vai ter necessidade de possuir êsse direito. De nada serviu a Inglaterra, no c ebre caso do Alabama, alegar que não dispunha de regras jurídicas que, segundo sua constitui o, lhe eram necessárias para cumprir seus deveres de neutra.

Do que acabamos de dizer, resulta primeiro que o setor do direito interno que considerámos não será o mesmo para todos os Estados, uma vez que depende do número e da intensidade das rela es internacionais que entretenha o Estado focalizado. Deve atingir seu máximo nos Estados constitucionais do Velho Mundo, enlaçados em rela es permanentes ativas e, às vêzes, seculares; deve ser reduzido ao mínimo em certos Estados asiáticos, que apenas começam a estabelecer tais rela es. Além disso, será condicionado a numerosas situa es particulares nas quais se encontram os Estados dos pontos-de-vista de sua situa o geográfica, de sua popula o, de sua civiliza o. Um Estado continental, por exemplo, não tem necessidade de regras jurídicas que tornem possível a uma potência marítima a manuten o difícil de seus deveres de neutralidade.

Compreende-se a mais quais são os deveres que o Estado principalmente tem em mira quando cria direito internacionalmente indispensável: são as obrigações nascidas de fatos cuja produção seja inteiramente independente de sua vontade, sobretudo as obrigações que nascem de uma *responsabilidade* indeterminada. E é aqui que a função do direito internacionalmente indispensável apresenta a maior importância prática. Não poderíamos tratar agora pormenorizadamente de todos os fatos que geram responsabilidade internacional do Estado; daremos apenas alguns exemplos, para salientar a importância do assunto.

A responsabilidade do Estado nasce mais frequentemente de atos de seus súditos, para falar com maior exatidão, de atos de pessoas que se encontrem em seu território; porque é certo que a responsabilidade do Estado, em razão de atos dos particulares, hoje não é mais baseada no fato de ter o autor do ato a nacionalidade do Estado a que se atribui o mal sucedido. A responsabilidade de que falamos tem caráter puramente territorial: é consequência necessária do direito de soberania sobre o território.¹⁹ É indiferentemente assumida por atos de nacionais, ou de estrangeiros. Se, por exemplo, se encontra um francês entre a população de Varsóvia que ataca o palácio do embaixador da Alemanha, a França *não é responsável* por sua conduta; ao contrário, se um francês quebra as vidraças do embaixador inglês em Washington, o governo dos Estados Unidos *é responsável* e dará satisfações. A responsabilidade do Estado pode ser legitimamente averiguada quando, na esfera em que se exerce sua soberania, foi lesado um direito, que não podia ser protegido senão por ele, e não o podia ser pelo Estado ofendido, donde se segue que a responsabilidade é sempre contraída quando o Estado é obrigado a proteger contra todo malefício, ou todo perigo, o bem que foi danificado, ou comprometido.

19. Espécie de culpa *in vigilando*, ou falha no funcionamento do serviço de polícia. A respeito de soberania *sobre o território*, veja-se o artigo do tradutor inserto nesta Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, número correspondente a março de 1962, pág. 98.

Ora, o direito internacional exige de cada Estado que, no interior do território, onde exerce sua soberania, proteja os outros Estados contra os ataques feitos à sua existência, seu território, sua constituição, sua honra; exige que o chefe de Estado seja protegido pela potência estrangeira contra os atentados à sua vida, à sua pessoa, à sua liberdade, à sua honra; exige que proteção seja concedida às pessoas que, na qualidade de órgãos das relações diplomáticas, representem o Estado em território estrangeiro. É preciso aí incluir o direito do beligerante de ser protegido, em território neutro, contra certos atos que importem vantagem para seu inimigo, e por consequência atentado contra seu poder militar.

Além disso, o Estado é também obrigado a proteger os bens jurídicos dos estrangeiros, pelo menos daqueles que residem em seu território. Os súditos de países estrangeiros, que se fixam entre nós, com o nosso consentimento, devem, ainda sem tratado especial, receber a mesma proteção concedida aos nossos próprios nacionais contra as violações de seus bens jurídicos, tais como a vida, a liberdade, a honra, a fortuna. E disso se segue que a responsabilidade do Estado se estabelece no momento em que ocorre a violação desses bens protegidos.

O direito internacional conhece duas espécies de responsabilidade do Estado, em razão de atos dos indivíduos; uma, consistente no dever de *reparação*; outra, no dever de *satisfação* ao Estado lesado. Para que apareça o dever de reparação, é preciso, segundo a prática hoje dominante entre os Estados, que a ofensa praticada pelo particular se acrescente culpa do Estado. Este é responsável na hipótese de ter podido impedir o ato cometido, e se, contrariamente ao direito, não o impediu, faltando à *devida diligência*, como foi dito formalmente nas três cláusulas do tratado de Washington, concluído para solucionar as dificuldades resultantes do caso do Alabama. Mas o dever de dar satisfação ao Estado lesado não é conteúdo de obrigação oriunda de delito: nasce sem culpa do Estado em cujo território a infração foi cometida. É principalmente o dever de *satisfazer* que nos interessa em relação ao direito interno interna-

cionalmente indispensável, porque a responsabilidade internacional dá lugar, não somente a atos de natureza solene, como explicações diplomáticas, uma saudação ao pavilhão ultrajado, como também a atos de autoridade pública, a ordens, ou a prisões, penas, expulsões. Ora, num Estado constitucional, êsses atos não devem ser praticados sem autorização dada em lei. Por conseguinte, os poderes públicos em semelhante Estado devem publicar, com oportunidade, leis penais que tenham por objeto reprimir todos os atos hostís de que acabamos de falar, dirigidos contra Estados estrangeiros, e as ofensas feitas às pessoas de nacionalidade estrangeira. Ê assim que se explicam as leis penais repressoras de delitos contra os bens mais preciosos dos indivíduos, leis que não distinguem entre os bens dos nacionais e os dos estrangeiros; é assim que se explicam as leis especiais punitivas de ataques ao Estado estrangeiro, seu chefe, seus embaixadores, ou as violações da neutralidade. Tôdas essas leis são direito internacionalmente indispensável; são também indispensáveis tôdas as leis de autorização, que têm por fim permitir às autoridades policiais impedir atentados a bens internacionalmente protegidos, leis que permitem, por exemplo, internar, expulsar, ou prender indivíduos, apreender armas, ou navios, proibir reuniões, cortejos, manifestações, e afinal assegurar pronta justiça pelos ataques cometidos.

Mas o Estado é responsável também pela conduta de seus órgãos, e como os atos pelos quais o govêrno deve dar uma satisfação ao Estado estrangeiro consistem, pelo menos em parte, em atos que êle não pode praticar senão por meio de autorização legislativa, as numerosas leis que permitem ao Estado proceder contra funcionários culpáveis também fazem parte do direito internacionalmente indispensável.

Afinal, existe uma responsabilidade internacional do Estado em razão de atos das comunidades que lhe são incorporadas (das comunas e de outros corpos administrativos autônomos) e uma responsabilidade própria do Estado federal em razão de atos de seus Estados-membros. Por conseqüência, as leis que permitem ao govêrno vigiar as autoridades comu-

nais, tanto quanto as leis que permitem ao Estado federal controlar os Estados-membros em matéria de direito internacional, são direito interno internacionalmente indispensável. Poder-se-iam acrescentar outras considerações referentes ao direito interno conforme ao direito internacional, principalmente a respeito das diferentes formas sob as quais aparece; mas bastam as explicações que foram dadas, para determinar as linhas mestras de um assunto cuja importância cresce dia a dia, o que era o fim do nosso estudo.