

# LE FONDEMENT DU DROIT INTERNATIONAL

por Alfred VERDROSS

Professor da Universidade de Viena.

## A BASE DO DIREITO INTERNACIONAL por Alfred VERDROSS

Professor da Universidade de Viena.

**BIOGRAFIA:** Alfred VERDROSS nasceu em Innsbruck em 22 de fevereiro de 1890, estudou direito em Viena, Munique e Lausanne; doutor em Direito pela Universidade de Viena, em 1913, após a obtenção da qualificação para o cargo de juiz em 1916, ele fez o serviço militar como juiz militar (Oberleutnantauditor) no Superior Tribunal Militar (Oberster Hitargerichtshof M) em Viena. Ingressou no Ministério dos Negócios Estrangeiros em 1918, então secretário de legação em Berlim; 1921, docente de Direito das Gentes, na Universidade de Viena; 1922, professor na Academia Consular de Viena; 1924, professor extraordinário; 1925, professor na Universidade de Viena. Desde 1924, diretor da Revista de Direito Público (Zeitschrift für Öffentliches Recht), editada por Kelsen. Membro da Diretoria da Sociedade Alemã de Direito Internacional, 1926. Juiz substituto do Tribunal Constitucional da Áustria, 1927.

### Principais publicações

#### A. Direito Internacional.

Zur Konstruktion des Völkerrechts no Zeitschrift für Völkerrecht, 1914. Die völkerrechtswidrige und Kriegshandlung der Strafanspruch der Staaten, 1920, Berlin. Grundlagen und Grundlegungen Völkerrechts de Niemeyer em Zeitschrift für Öffentliches Recht, 1921. Johann Jakob Moser Völkerrechtswissenschaft einer Erfahrung in der Programm für Zettschrift Öffentliches Recht, III, 1922. Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, 1923, Tübingen. Privateigentums ausländischen Zur Konfiskation nach Friedensvölkerrecht no Zeitschrift für Öffentliches Recht, IV, 1924. Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, Viena e Berlim. Staatsgebiet, Staatengemeinschaftsgebiet und Staatsgebiet no Nie-Meyers Zeitschrift für Interna: Recht ional, 1927. Das im Völkerrecht System von Spinoza, na Zeitschrift für Öffentliches Recht, VII, 1927. Völkerrechtsgemeinschaft Bundesstaat und in International Journal of Legal Theory, editado por L. Duguit, H. Kelsen e Pe. Weyr, Brno, 1927. Vários artigos na Wörterbuch des Völkerrechts. Das Problem des freien und die

Erkennen Freirechtsbewegung im Osten. Zeitschrift für Öffentliches Recht, 1915. Vários artigos e Gerichtsxettung Juristische Blätter, Viena, 1915-1917. Zur Lehre von den neuesten Staatenverbindungen Niemeyer im Zeitschrift für Internationales Recht, XXXV, 1925. Welche Bedeutung haben zwischenstaatliche für die innerstaatliche Verträge Gesetzgebung im Verhandlungsschrift de Zweiten deutschen Juristen-In der tages Tschechoslowakei (1925), p. 232 e ss.

## A BASE DO DIREITO INTERNACIONAL

### CAPÍTULO I – A MORAL UNIVERSAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL POSITIVO

§ 1. No primeiro curso, ministrado na Academia de Direito Internacional, o Barão Serge A. Korff<sup>1</sup> que, infelizmente, morreu pouco depois dos ensinamentos que ele deu para a Academia, mostrou, em um caminho que parece definitivo, que o direito internacional não é um produto relativamente recente da civilização moderna, como foi admitido sem discussão por um longo tempo. A pesquisa histórica nos prova que o direito internacional é tão antigo quanto a civilização em geral, e ele realmente parece ser uma consequência necessária e inevitável da civilização.

Entretanto, estas constatações muito importantes como aquela que o direito internacional mantém constantes seus princípios e características, apesar das mudanças que ocorrem na superfície global, nos obrigam a refletir sobre a diferença fundamental entre o Estado moderno e aquele de tempos passados.

O Moderno direito internacional é um sistema unitário. Suas regras, é verdade, que nem todas são universais. Existem também as normas de caráter particular, e entre essas regras as regras continentais. Mas as regras de âmbito limitado são fundadas no direito universal. Há, portanto, uma escala real, uma espécie de graduados da cooperação entre os vários grupos do moderno direito internacional.

O direito dos povos da antiguidade compreendia, em contrapartida, sistemas totalmente diferentes. Cada civilização tem dado à luz a um direito internacional que lhe era próprio. Havia muitas disposições comuns, princípios semelhantes, o grande mérito do Sr. Korff, como outros historiadores deste ramo do direito, consiste na busca de tais normas, mas elas ainda não eram regras universais.

As sementes do direito internacional universal não se desenvolveram até a Idade Média. Porque um direito mundial pressupõe a crença na unidade da humanidade. Agora, é verdade, na Antiguidade, havia a escola dos estóicos, que criava-se a essa altura. Os estóicos - disse Cícero - "pensam que o mundo é praticamente uma cidade comum aos deuses e aos homens e que cada um de nós é uma parte deste mundo .... ". Um pensamento similar é expresso por Sêneca. "Nós abraçamos - escreveu ele - duas repúblicas da nossa mente,

uma grande e realmente pública que contem os Deus e os homens... a outra a qual o nosso nascimento atribuiu-nos”.

Mas também, para esses autores, o problema da humanidade era apenas um problema de moralidade individual. A questão de uma lei universal que rege as relações entre todos os estados não se pôs.

A ideia da unidade da humanidade tem sido extremamente exacerbada pelo cristianismo, que é baseado no dogma central que existe um Deus que é o pai de todos os homens e que, conseqüentemente todos os homens são irmãos. Assim, a fraternidade entre os homens, a unidade da humanidade, é a própria base do cristianismo.

Para o desenvolvimento do cristianismo, essas ideias também entraram no âmbito da vida política. Elas, no entanto, aos poucos formaram um novo sistema legal.

O primeiro passo para alcançar as ideias de civilização do cristianismo é marcado pela concepção universalista da Idade Média. Mas esse pensamento ainda está impregnado com o ideal político da antiguidade, ou seja, a ideia de um império universal. Assim, a Idade Média viu uma forma alternativa de organização como um mundo unido e indivisível, sujeito à administração central. Isso explica a rivalidade entre o Papa e o Imperador, que tanto aspirava ao domínio universal. Cada um deles se baseava na suposta teoria das duas espadas que permitia uma dupla interpretação. Segundo a interpretação imperial, não havia coordenação entre os dois poderes, porque Deus deu diretamente a espada temporal para o Imperador e ao Papa só a espada espiritual. De acordo com a interpretação curial, ao contrário, Deus concedeu as duas espadas ao Papa que dava uma ao imperador. Mas esta teoria também simboliza a subordinação de todos os outros príncipes cristãos ao poder central de que dependiam legalmente de acordo com a concepção medieval. O conjunto da cristandade era, portanto, uma unidade. Ela formou uma pirâmide de autoridades, cujo líder foi, finalmente, o Pontífice Romano. Assim, a Bula Unam Sanctam de Bonifácio VIII, declara que é necessário "para a salvação de toda criatura que seja sujeita à Santa Sé.

## § 2.

Mas esta comunidade está a sofrer uma transformação fundamental devido à Reforma e ao nascimento dos Estados nacionais que reconheceram mais de uma autoridade superior. No entanto, a concepção universalista foi salva graças aos grandes teólogos católicos da Espanha, François de Vitória e F. Suarez.

Primeiro alargaram ainda a concepção medieval substituindo à cristandade unida pelo gênero humano. Assim, François de Victoria disse que o Estado é apenas uma parte do mundo, "é apenas uma província da República universal" e Pe. Suarez escreveu que "a raça humana, embora dividida por vários reinos e povos, não deixa de ser uma unidade não apenas de espécie, mas também, por assim dizer, política e moral .... É por isso que qualquer Estado soberano, república ou reino, apesar de completo em si mesmo e firmemente estabelecido, é ainda, ao mesmo tempo, de alguma forma, um membro desta grande universo, em consideração ao gênero humano". Aqui, pela primeira vez - como corretamente salientou o Sr. Kosters- o estado organizado é proclamado como membro do grande grupo de homens, e que surge a ideia de uma comunidade universal dos Estados cristãos e dos não-cristãos.

Do mesmo modo, Vitória e Suárez admitiu que a organização medieval da comunidade internacional era apenas uma forma possível desta, de modo que a comunidade dos estados pudesse sobreviver em uma nova forma, apesar da cisão da "unidade cristã". Essa nova organização se distingue das outras pelo fato de que a sociedade internacional da Idade Média tinha - como vimos - uma forma monárquica (aristocrática), enquanto a comunidade internacional moderna nasceu sob uma forma democrática.

No primeiro caso, o corpo governante da sociedade internacional foi uma única pessoa, o Pontífice Romano, cuja autoridade não depende de todos os príncipes subordinados; no segundo caso, a vontade é soberana na comunidade internacional em si. É criada pelo consentimento dos membros da comunidade internacional.

Victoria já fala de normas jurídicas que tenham sido impostas por um consentimento universal. E Suarez disse especificamente que os países podem criar direitos comuns, quer por um tratado universal ou pelo costume internacional. Em outra passagem, ele disse que o direito criado pela

autoridade de todas as nações só podem ser retirados por um consentimento geral.

Todas essas regras formam o *jus gentium*, no sentido estrito da palavra, ou seja, o direito internacional. Para Suarez é claro que o termo *jus gentium* inclui dois conceitos diferentes: primeiro, é o direito que todas as nações devem seguir, por outro lado é o direito que todas as pessoas devem obedecer, mas que, por causa da semelhança e conformidade, também chamado *jus gentium*". Esta é, portanto, uma legislação nacional uniforme de todos os países civilizados. Mas o primeiro, o direito "inter gentes", é o direito da comunidade internacional.

Pela concepção desse direito, as ruínas do sistema medieval não enterraram a sociedade internacional em si, que sofreu uma revolução completa em sua organização. Para a concepção do direito das nações em oposição ao pensamento moderno da liberdade ilimitada, da soberania absoluta dos Estados.

Essa concepção de direito internacional é, portanto, fruto do último grande pensamento universalista da Idade Média que inspirou todos os famosos fundadores desta ciência, não apenas Vitória e Suarez, mas Grotius. Ela também fala da sociedade humana que abarca diversos povos, e uma lei que visa a utilidade desta grande comunidade.

No entanto, este consentimento geral não pode ser o fundamento último do direito internacional. Os fundadores desta ciência não discordam. Porque o consenso geral, que é um acordo expresso ou tácito entre os membros da comunidade internacional, é uma fato inegável. Mas uma obrigação pode decorrer apenas de uma norma, não de um fato como tal. Se, por conseguinte, aceitar-se que os Estados são obrigados pelo consentimento geral, já se pressupõe um princípio de ordem superior, que obriga os membros da comunidade internacional a respeitar as regras criadas pela vontade comum. Esta regra é o princípio de que a palavra deve ser mantida. O princípio *pacta sunt servanda* é para Suarez como para Grotius a própria base do direito internacional positivo. Grotius o afirma no prólogo em sua principal obra "De jure belli ac pacis" e repete até o fim deste livro. "Fidelidade para tomar o que foi prometido - diz ele - é a base não só de um determinado Estado, mas também desta grande sociedade das nações"

Mas que tipo devo perguntar, é a regra *pacta sunt servanda* em si? Nesta questão crucial, Suarez e Grotius respondem sem hesitação: Essa regra é um princípio de direito natural, que é o conjunto de regras que se reconhece claramente à luz do espírito.

O direito natural não tem nada a ver com a natureza do que as ciências naturais investigam: não é nada mais que uma parte da moral universal. Suarez e Grotius, assim, claramente a distinção entre moral e direito positivo das nações, mas ainda afirmam que a base do direito internacional positivo reside na primeira.

A concepção universalista prevaleceu quase até o início do século XIX. Ela foi apoiada pela maioria dos juristas da época, entre outros, Pufendorf, Leibniz, R. Zouch, Rachel Bynkershoek, Thomasius, Christian Wolff e mesmo por Kant.

### § 3.

Entretanto, perto do fim do século XVIII, está se preparando uma mudança radical na ciência do direito internacional. A causa primeira desta revolução deve ser atribuída à doutrina do positivismo absoluto, que nega o direito natural como base do direito internacional positivo, pois nega o direito natural em si. Esta teoria é uma reação contra os excessos da escola de direito natural de Grotius, representada por S. Pufendorf e seus seguidores, que acreditavam que era possível deduzir todas as normas de direito internacional das normas de direito natural. Já o filósofo Inglês Hobbes divide o direito natural entre o direito natural do home e aquele dos Estados. "Os preceitos de ambos - disse ele - são os mesmos, mas como os Estados, uma vez estabelecidos, tomam as qualidades pessoais dos indivíduos, esse direito que nós chamamos de direito natural, quando aplicado aos indivíduos, se chama de direito das gentes quando aplicado a nações ou povos inteiros.

Pufendorf adere a esta opinião por admitir que ele não reconhece nenhuma outra espécie de direito das nações voluntário ou positivo que tenha a força da lei propriamente dita.

O ataque contra o direito positivo das nações era, na verdade, repellido por alguns escritores, especialmente pelo famoso jurisconsulto holandês



Bynkershoek e S. Rachel, um professor de Kiel. Ambos sublinhavam a importância fundamental do direito internacional positivo restringindo o direito natural mais ou menos ao papel que lhe era atribuído pela doutrina clássica.

As opiniões gerais de Bynkershoek são expressadas no seu parecer ao leitor da obra "Quaestionum juris libri duo" (1737) onde ele disse, expressamente: "No direito das gentes, nenhuma autoridade pode prevalecer contra a razão, mas quando razão é incerta, como é frequentemente o caso, esse direito deve ser julgado pelos costumes quase constantes (*ex perpetuo fere usu*). Muitas coisas que já foram parte do direito das gentes que não fazem mais parte dos nossos dias. Tratados, por exemplo, já não são válidos em nossa época, se não houver ratificação, embora os negociadores são munidos com plenos poderes de seus governos, antes era diferente. Eu me sirvo, por conseguinte, preferencialmente de exemplos e de tratados recentes, em vez de antigos, porque eu quero que o meu trabalho tenha utilidade prática. E ele continua: "Eu não nego que a autoridade pode dar peso à razão, mas eu prefiro procurar a autoridade nos usos constantes de concluir tratados ... e os exemplos que ocorreram em um ou outro país no testemunho dos poetas e dos oradores gregos e romanos que são verdadeiramente o pior nível de professores de direito público. Atribuo a maior importância para a autoridade de quem dirige os negócios públicos, aos olhos do mundo e aprendeu a sabedoria de eventos passados. Eles são usados para concluir tratados de acordo com a prática das nações. Não que eu me curve a eles quando eles não são apoiados pela razão, mas quando se está do lado deles, eu atribuo mais valor do que a um monte de poetas e oradores.

Já Suarez e Grotius, na verdade, distinguiram, como vimos, o direito natural do direito positivo das nações, mas seu conhecimento de um direito positivo das Nações foi um programa melhor do que uma realidade, porque não elucidados pelo costume internacional de seu tempo. Bynkershoek, em contrapartida, de acordo com Zouche, Textor e Vattel, começa a analisar a prática moderna das nações em suas relações mútuas e de elaborar as regras costumeiras.

Mas o adversário teoricamente mais penetrante de Pufendorf foi Rachel o primeiro que reconheceu a falha principal do pensamento de Pufendorf. Ele rejeita os tratados internacionais como fonte imediata do direito positivo das nações, porque ele acredita que eles são simples fatos, aos quais se aplica o

princípio de direito natural para observar os pactos. A isso, Rachel disse que, precisamente sobre esta base pode desenvolver-se regras de direito que um certo grau se subordinam a este princípio. Para Rachel já quer ver que as regras de direito constituem uma pirâmide de normas subordinadas e superiores entre elas, como iremos explicar mais tarde.

Bynkershoek e Rachel estão, então, mostrando uma tendência para o positivismo jurídico, sem se duvidar, no entanto, que a base do direito positivo das nações reside na lei natural.

JJ Moser, em contrapartida, desacreditou a própria base do direito positivo das nações. Ele rejeita totalmente os princípios do direito natural. "Eu não escrevo - diz ele - uma lei da escolástica, com base na aplicação da jurisprudência natural, como é ensinado por seus mestres para regular a conduta das nações consideradas como seres morais. Eu não estou escrevendo uma lei filosófica das nações construídas de acordo com algumas noções de fantasia da história e da natureza do homem e, finalmente, eu não escrevo uma lei da política, em que os visionários, como o abade de Saint-Pierre dava forma ao sistema da Europa à sua vontade, mas eu estou descrevendo o direito das gentes que existem em uma realidade, na qual os Estados soberanos se estabelecem regularmente". Portanto Moser se dedicou à investigação exemplos modernos do que aconteceu, em geral, nas relações entre os Estados, na escolha destes exemplos, que se inicia no momento da morte do Imperador Charles VI, em 1740 . A ciência do direito internacional - escreve ele - se tornou uma espécie de arquivos estatais. Ela não tem outra finalidade que não a de construir as regras desenvolvidas pelo uso das nações. Moser contempla nada mais do que a experiência anterior que nos mostra o que é a prática internacional.

Para justificar estas opiniões, Moser pergunta o que é o direito natural que tanto falamos. Será que é o direito natural de Grotius ou o de Hobbes? Mas mesmo se fosse possível descobrir os verdadeiros princípios da justiça, eles são irrelevantes para a ciência do direito internacional. Por que a tarefa dele, não é julgar os Estados, mas apenas de descrever a realidade dos negócios internacionais. Eu sou - diz Moser - um viajante que se contenta em descrever o que vi sem criticar os fatos observados.

Neste trecho já é possível encontrar o germe da teoria do positivismo jurídico desenvolvido um século mais tarde, por Ch. BergBohm. Mas, especialmente

no domínio da ciência do direito internacional, o inegável mérito de Moser está em ter acentuado mais do que Bynkerhoek e Rachel a importância fundamental do estudo rigoroso das práticas internacionais modernas e das regras que venham a surgir. Foi ele quem liberou definitivamente a nossa ciência das puras especulações, dirigindo-a para a realidade dos documentos trocados entre os chanceleres.

Mas é claro que essa teoria já não responde à questão da base do direito internacional; ela assinala o fato de que este direito fecha os olhos para o problema do direito dos Estados em suas relações mútuas. Portanto, não é surpreendente que a questão da base do direito internacional está de volta ao século XIX. Mas a teoria de que vamos ocupar-nos agora não se liga à doutrina de Suarez e Grotius, é um ponto de partida muito diferente que ela aceita. Para a base dessa teoria foi desenvolvido o conceito universalidade de unidade moral da humanidade; os dados primários da nova teoria é, ao contrário, o estado isolado. É, como veremos, uma teoria muito individualista.

A principal causa dessa mudança é, de fato, a teoria do positivismo ilimitado. Com a destruição do direito natural, foi morto a tiros o principal pilar sobre o qual repousou até então todo o edifício do direito internacional. No entanto, com o direito natural, ele também ameaçou a concepção universalista que encontrou a sua fundação, precisamente, no pensamento de uma justiça universal que não se aplica apenas às relações entre os indivíduos, mas também as relações entre os Estados.

No entanto, esta base foi rejeitada pela doutrina positivista, é natural que ela buscasse um novo pilar sobre o qual poderia basear o direito internacional. E esta base segura e inegável, ela encontrou no estado em particular, no estado isolado.

## CAPÍTULO II DA TEORIA DA AUTOLIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA DO ESTADO E A DOCTRINA DA PRIMAZIA DO DIREITO NACIONAL

### § 4.

Como já discutido no capítulo anterior, a questão da base do direito internacional público é essencialmente um problema da ciência do direito internacional moderno. No entanto, em certa medida, este problema já era conhecido na Antiguidade, em que também se encontrava a questão da validade e da força vinculante dos tratados internacionais. A jurisprudência romana resolveu esta questão da seguinte maneira: um ato jurídico concluído entre a cidade e outro Estado era considerado um "nudum pactum", isto é, cuja execução depende da boa vontade de Roma. Mas qualquer acordo internacional torna-se irrevogável se foi sancionado por um "sacro sanctum" juramento das partes contratantes. Por este juramento, cada estado está sujeito à punição dos seus deuses em caso de ruptura do pacto em questão. Esta pena, chamada de "execratio", que se tornou uma característica dos tratados internacionais, consistia em dois atos paralelos, cada Estado se comprometia com os seus próprios deuses para cumprir estritamente o estipulado entrou com outro estado. O tratado não foi fundado em uma base comum, ele decorre de duas fontes bastante diferente.

É neste processo do espírito dos romanos, que se afirma o talento jurídico desta grande nação, em que nós podemos encontrar a origem, ainda mal conhecida, da doutrina da autolimitação dos Estados. Essa doutrina, que foi bastante difundida no século passado, implica a existência de Estados isolados, não em uma comunidade internacional unida. Portanto, não há nenhum supra-regra que regule as relações mútuas dos povos organizados. Mas se uma ordem superior está faltando, o tratado internacional não pode basear-se em algo diferente do direito nacional das Partes Contratantes. Cada Estado é em si a base de seus compromissos.

Mas essa teoria da auto-limitação dos Estados, que foi provavelmente o ponto de partida da construção romana do tratado internacional, não foi capaz de satisfazer plenamente os juristas da antiguidade. Eles viram claramente que um Estado que está vinculado por direito próprio pode também sair de seus tratados internacionais, quando lhe convém. Por isso, eles complementaram a

autolimitação dos Estados pela vinculação de cada parte contratante, a suas divindades.

O ato internacional está assim dividido em dois vínculos cada um deles constituído por um tratado entre um Estado e seus deuses em favor de outro Estado .

Esta construção engenhosa do tratado internacional como “*pactum in favorem tertii*” (estipulação em favor de terceiro) mostra que a antiguidade já reconheceu a necessidade de basear os tratados internacionais em uma base à parte da vontade do Estado. No entanto, ela não poderia resolver esse problema porque ela não conseguiu encontrar um terreno comum, também superior para as partes contratantes.

Não obstante a teoria da autolimitação dos Estados ressuscitou no começo dos tempos modernos, e isso é facilmente explicado pelo fato de que esta doutrina é inevitável para aqueles que negam a existência de regras superiores a vontade dos Estados. Essa doutrina é baseada principalmente na filosofia do direito do célebre filósofo Hegel que foi nesta área um antecessor do pensamento solitário de Spinoza.

## § 5.

Para Spinoza as concepções direito e poder são sinônimas. O direito de cada um equivale a seu poder. Essa visão é uma consequência do pensamento panteísta de Spinoza que tudo é parte do poder divino, que nada mais é do que a natureza. Mas, como é óbvio que o Deus Todo-Poderoso tem o direito de todos, o direito de Deus é, portanto, equivalente ao seu poder. Portanto o direito de cada coisa, que é uma parte de Deus, também é igual a seu próprio poder. Isso é verdade mesmo para os Estados, tanto para questões internas quanto para a esfera internacional. Em um como em outro caso, o direito do Estado estende-se aos limites do seu poder. Sua salvação é a lei suprema, também os compromissos internacionais estão sujeitas a essa regra. O estado pode se livrar de um tratado internacional, se o seu interesse o determinar. Mas esse direito absoluto do Estado cessa quando seu então poder absoluto é abalado por um acordo internacional. Enquanto cada estado deve se curvar à

vontade geral dos Estados. Se o Estado perde o seu poder absoluto, ele também é privado de seus direitos ilimitados.

Nós encontramos um pensamento semelhante na filosofia do direito de Hegel. Para Hegel, o espírito objetivo, isto é, Deus é personificado no Estado. Mas se o Estado é a encarnação do absoluto, sua vontade é poder absoluto sobre o mundo. Todos os direitos derivam dessa fonte, o direito nacional como o direito internacional. O Estado pode também celebrar tratados internacionais, mas ainda assim ele continua o mestre, porque a relação entre Estados, diz Hegel, é a relação dos seres independentes que estipulam entre si, mas que permanecem todo do mesmo modo acima estas estipulações. A vontade do Estado, portanto, continua a ser superior aos seus próprios compromissos.

Mas essa doutrina não deve ser interpretada de forma isolada. Em vez disso, devemos enquadrá-la no sistema universal para descobrir o verdadeiro pensamento de Hegel.

No entanto, o princípio fundamental de Hegel é o método dialético. Segundo este método, o espírito objetivo se põe diante da tese, a que se opõe a antítese para chegar enfim à síntese. A mente objetiva está em movimento. Ele deve cruzar a tese e a antítese para conseguir a síntese. Mas no final ele consegue. Nesse sentido, a tese é a soberania absoluta do Estado. Mas a soberania de um se opõe em antítese a soberania absoluta de outros Estados. Daí surgiu necessariamente uma luta entre os estados, porque cada um procura submeter os outros à sua vontade. Mas também, essa "tese" e essa "antítese" vão finalmente formar "síntese", que não pode ser outra senão a comunidade internacional. Assim, a soberania dos Estados isolados dá lugar à comunidade das nações.

É verdade que o próprio Hegel nem mesmo chega claramente a essas consequências de seu ponto de partida. Não obstante, elas resultam, necessariamente, de seu método dialético que não é um método estático, mas um método dinâmico.

Observamos, assim, uma evolução notável. Os pensamentos de Spinoza, assim como aqueles de Hegel, começam por afirmar a vontade absoluta de um determinado Estado, negando a existência de uma lei internacional superior, levando finalmente à soberania da comunidade internacional.

Mas a doutrina jurídica do século passado não interpretou sistema de Hegel a partir do método dialético e viu que a tese foi "a soberania absoluta do Estado". Ela só prestou atenção às palavras de Hegel, sem penetrar na mente. Eles visualizaram o sistema de mestre por um método estático, esquecendo que cada pensamento de Hegel deve ser comentado pelo método dinâmico, que nos ensina que a cada "tese" se opõe uma "antítese" culminando numa "síntese".

Assim, o pensamento primordial de Hegel foi esquecido ou ignorado, mas suas palavras ficaram. Elas tiveram uma grande, uma enorme influência sobre a ciência do direito. E essa influência foi desastrosa para esta ciência, como para o próprio direito internacional. Já Putter baseia, após a "tese" de Hegel, o direito internacional na vontade do estado. Este foi o primeiro jurista moderno que formula nossa teoria da autolimitação, da auto-obrigação dos Estados. Esta doutrina foi, então, particularmente desenvolvido por Georges Jellinek.

A moderna teoria da autolimitação apoia a tese de que o direito internacional está enraizado na vontade do Estado isolado, mas ainda é necessário, porque o Estado em si é capaz de ligar-se. Ela, portanto, adota o mesmo ponto de partida que Spinoza e Hegel, mas falta a coragem de tirar a mesma conclusão lógica, ou seja, que o direito internacional baseado unicamente na vontade do Estado deixa de ser obrigatório por uma simples mudança da sua vontade. Esta doutrina pretende conciliar duas teorias inconciliáveis: a soberania absoluta do Estado, por um lado, e a obrigação dos Estados pelo direito internacional de outro. Mas estes esforços são inúteis, uma vez que toda e qualquer obrigação decorrente de uma vontade supõe, como irá se desenvolver mais tarde, a existência de uma regra superior a essa vontade.

A tentativa de explicação pela teoria da autolimitação do Estado é pouco satisfatório. Pois, se o regra de direito é o produto de uma vontade livre, ela não é realmente necessária: ela permanece a critério dos Estados que as criaram uma vez que cessada a vontade de cumpri-la, eles podem ignorá-la. Se uma vontade cria outra vontade pode desfazer.

A teoria da autolimitação do Estado foi admitida especialmente na Alemanha. Mas a doutrina francesa de direitos humanos mostra um ponto de partida semelhante.

"Os juristas franceses haviam tentado - disse Duguit - basear o direito internacional em uma concepção substancialmente similar à abordagem individualista, que continuou a basear o direito interno. Todos os Estados, segundo eles, são pessoas iguais e soberanas, como todos os homens são indivíduos iguais e autônomos. Todos os Estados podem exercer livremente a sua atividade soberana dentro e fora ... Mas como o indivíduo no exercício de sua atividade autônoma, devem respeitar a autonomia dos outros, mesmo os Estados, no exercício de sua soberania independente, devem respeitar a independência soberana de outros estados ... Cada Estado tem direitos fundamentais que podem exercer, mas sob a condição de respeitar os direitos fundamentais de outros estados". Por isso, procurou basear o direito internacional nos direitos subjetivos sobre a soberania dos estados.

Mas esta teoria dos direitos fundamentais dos Estados é - como observou o Sr. Duguit - um círculo vicioso. Na verdade, para qualquer pessoa pode ter os direitos subjetivos, se exige que ela esteja em relação com as outras pessoas, se exige que exista uma sociedade com um direito objetivo. Enquanto uma pessoa está isolada, não se pode ter direitos .... Não podemos explicar o direito internacional objetivo, pela existência de direitos subjetivos fundamentais dos Estados porque estes direitos só podem existir se houver uma sociedade de estados sujeitos ao direito objetivo.

Há, ao contrário, autores que se mantêm fiéis a uma tese de Hegel e, portanto, argumentam que o Estado não está mais vinculado aos seus compromissos quando seu conteúdo não mais corresponde a sua vontade. Mas também há autores que não veem unicamente a tese de Hegel e negligenciam a síntese.

## § 6.

A última fase da doutrina da autolimitação dos Estados é a teoria da primazia do Direito Nacional. Ela dá expressão legal para o pensamento da doutrina foi concebida em uma linguagem bastante política. Assim, a teoria da autolimitação fala da "vontade" do Estado. A teoria do primado do direito nacional, pelo contrário, diz claramente que a "vontade" de um Estado - não uma pessoa real, mas um grupo social unido por normas jurídicas - não é um vontade real, uma vontade psicológica mas uma vontade jurídica; quer dizer



que a vontade do Estado é a vontade de uma ou mais pessoas que o direito reconhece como vontade do estado. Dizer que o estado "quer" alguma coisa equivale, portanto, a dizer que seu direito nacional designa uma ação determinada, como vontade do estado. O estado quer a mesma coisa que seu direito quer. "A vontade do Estado é a vontade do direito".

Mas se temos de buscar a vontade do Estado na sua ordem jurídica, toda a esfera da atividade estatal, mesmo a arena internacional é baseada na lei nacional. Se se argumentar, portanto, que a vontade do Estado é legalmente absoluta, temos de dar primazia ao direito nacional.

Na verdade, esta teoria procura a base do direito internacional nas disposições das constituições nacionais que autorizam o chefe de Estado a concluir tratados internacionais.

As constituições nacionais estabelecem, de acordo com esta doutrina, duas fontes de normas jurídicas: a lei para o direito interno e o tratado para o direito internacional.

À primeira vista, essa construção parece capaz de alcançar o seu objetivo. Mas um exame aprofundado mostra que ela está errada. Sem dúvida, seria possível basear uma grande parte do direito internacional sobre as disposições constitucionais em questão, mas há também normas do direito das gentes que se opõem a essa construção, e em primeira linha a regra de acordo com a qual as obrigações de um Estado não deixarão de existir mesmo depois de uma mudança revolucionária na forma de estado ou de sua constituição. Todas essas mudanças são sem influência do ponto de vista do direito internacional. O Estado continua a ser internacionalmente o mesmo. Existem algumas regras de direito internacional que são mais seguros do que as últimas.

Assim, o artigo 10 da Constituição do Peru declara "nula e sem efeito as ações daqueles que usurpam as funções ou emprego sem ter completado as formalidades prescritas pela Constituição ou pelas leis." No entanto, o Tribunal Permanente de Arbitragem Haia determinou em uma disputa entre esse Estado e a França, em 10 de outubro de 1921: "Considerando que é irrelevante que a lei peruana declare nulo (os atos de um governo revolucionário) ... Esta lei não pode se opor a estrangeiros que se tenham agido de boa-fé". Da mesma forma a decisão do Tribunal Arbitral de Lausanne, de 5 de julho de 1901 em disputa entre a França e o Chile dispõe: "O usurpador que detém o poder com o

consentimento ou aquiescência expressa ou tácita da nação e agir validamente celebrando em nome da Estado tratados que o governo legítimo restaurado terá que respeitar...”.

Durante as revoluções da Inglaterra, em 1649 e 1688, nem Cromwell, nem Guilherme de Orange repudiaram as obrigações decorrentes de tratados celebrados por Stuart e os Stuart restaurados reconheceram a validade dos tratados celebrados por Cromwell. A República da França também reconheceu os tratados celebrados pelo regime monárquico e o Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, em 1834, rejeitou a proposta de um Estado para declarar a nulidade dos Tratados, do regime de Napoleão. "Deve ser dito - disse o ministro - em honra da Restauração, esse argumento nunca foi seriamente usado ... teríamos vergonha ...” .

Essa regra deve ser considerada como geralmente reconhecida desde a Conferência de Londres de 1831 que declarou que "os tratados não perdem seu poder, quaisquer que sejam as mudanças que acontecem na organização interna dos estados". A declaração conjunta da França e da Grã-Bretanha, emitida em 28 de Março de 1918, repetiu que "nenhum princípio é melhor estabelecido do que aquele pelo qual uma nação é responsável pelos atos de seu governo, sem que uma mudança de autoridade afete as obrigações contraídas ...”.

O mesmo princípio é reconhecido pela decisão do árbitro Taft, datada de 18 de Outubro de 1923, na disputa Tinoco entre a Grã-Bretanha e a Costa Rica como pelo árbitro Borel em 18 de abril de 1925 sobre a distribuição de rendas da dívida pública Otomana. Nesta sentença arbitral, o Sr. Borel disse: "Em direito internacional, a República da Turquia deve ser vista como a continuação da personalidade do Império Otomano. É sob este ponto de vista, obviamente, que o Tratado (Lausanne) se coloca, a prova está nos artigos 15, 16, 17, 18 e 20, que teriam pouco significado se, aos olhos das Altas Partes Contratantes, a Turquia fosse um estado novo, apenas como o Iraque ou a Síria.

Esta prática constante é agora coroada com a decisão do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, de 25 de julho de 1926 relativa a determinados interesses alemães na Alta Silésia, que declara expressamente: "No direito internacional ... as leis nacionais são apenas fatos ... , bem como as decisões judiciais ou administrativas ”.

No entanto, é evidente que a regra de que a autoridade do direito internacional não é prejudicada se a mudança revolucionária da Constituição do Estado não pode ser baseada na teoria da primazia do Direito nacional. Pois de acordo com esta construção, o direito internacional existe e deixa de ser obrigatório com base na Constituição do Estado, como qualquer outra regra de direito baseada unicamente em uma norma da Constituição do Estado deixa de permanecer em vigor se a Constituição, na qual ela está inserida, desaparece. Se há regras do direito internacional que sobrevivem às constituições dos Estados, elas devem ter uma outra base que não seja a Constituição do Estado. Mas se é impossível estabelecer o direito das nações inteiramente sobre o direito nacional, a doutrina do primado do direito nacional, é inaceitável. É por esta razão que eu mesmo abandonei, há quase dez anos, a minha “primeira construção da primazia do direito nacional”.

No entanto, fizeram um último esforço para salvar essa doutrina moribunda. Eles disseram que ela é acolhida pelo artigo 4º da nova Constituição Alemã como pelo artigo 9º da Constituição da República Federal da Áustria, artigos que dispõem que as regras geralmente reconhecidas do direito internacional são parte do direito nacional. Mas é fácil de refutar esse argumento.

Em primeiro lugar, estes artigos são destinados apenas para exigir dos órgãos de Estado e de seus agentes a obediência às regras do direito internacional em conjunto, sem ter que esperar um comando especial do Estado que transforme normas do direito internacional em direito “interno”. Porque normas de direito internacional são dirigidas diretamente aos Estados, obrigando-os a tomar as medidas necessárias para torná-las exequíveis no direito interno. Mas de acordo com o direito internacional, os Estados podem optar por adotar estas normas como executáveis em cada caso, ou de ordenar uma regra geral, uma vez por todas os órgãos são obrigados a aplicar as regras do direito internacional.

Com efeito, os diversos sistemas jurídicos dos Estados diferem quanto a essa matéria. Quanto aos tratados internacionais, podemos ver três tipos principais. De acordo com o primeiro tipo, o tratado internacional é ainda uma fonte de direito, coordenado às leis. O tratado internacional tem força de lei. Também o capítulo VI, nº 2 da Constituição dos Estados Unidos da América de 17 de setembro de 1787 afirma: “A presente Constituição e as leis que os Estados

Unidos vão promulgar, e todos os tratados celebrados ou a celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos configuram a lei suprema do país ...". O último parágrafo do artigo 113 da Constituição Federal da Suíça de 29 de Maio de 1874 também afirma: "... o Tribunal federal vai aplicar as leis aprovadas pela Assembleia Federal e as decisões desta assembleia, com um alcance geral. Vai também obedecer os tratados que a Assembleia Nacional ratificou". A coordenação das legislações e tratados internacionais também está incluída na Constituição Federal da nova Áustria (art. 50). O primeiro tipo de constituições geralmente orienta que os tratados internacionais que tratam do estado também são necessários para os seus órgãos e os seus cidadãos. Essas disposições, assim, transformam de uma vez por todas o direito dos tratados internacionais no direito interno.

O segundo tipo é representado pelo direito da Alemanha, de acordo com o qual os tratados com países estrangeiros relativos aos objetos que pertencem ao domínio da legislação recebem aprovação parlamentar sob a forma de uma lei propriamente dita.

Mas há outro tipo de aplicação de tratados internacionais, que remonta ao artigo 68 da Constituição da Bélgica de 7 de fevereiro de 1831 e que divide os tratados internacionais em três classes: 1º os tratados validamente concluídos apenas pelo Chefe do Estado, o Rei; 2º os tratados comerciais e aqueles que poderiam onerar as finanças do Estado ou vincular individualmente os belgas não tem feito até receber o parecer favorável das Câmaras, mas tal consentimento não necessita de uma lei em sentido formal; 3º tratados sobre as vendas, trocas ou acréscimos de territórios podem ser realizadas apenas por uma lei formal.

A Constituição da Bélgica, que foi a primeira constituição democrática após a queda de Napoleão, que exerceu grande influência. Ela tem sido seguida na nossa matéria primeiro pelo artigo 8º da constituição francesa e hoje em dia o parágrafo 64 da constituição da Tchecoslováquia. Mas a interpretação dessas disposições não é uniforme. De acordo com a prática francesa, por exemplo, um tratado internacional que refere-se às matérias legislativas tem força de lei, ainda que a aprovação da Câmara não seja dada por uma lei no sentido formal. O direito da Tchecoslováquia, pelo contrário, acredita que um tratado

internacional já aprovado pelo Parlamento ainda deve ser transformada em uma lei formal para torná-la obrigatória para os tribunais do Estado.

Isso mostra que existem várias maneiras de introduzir as regras dos tratados internacionais no direito interno. Estados têm, de fato, a obrigação de regulamentar a aplicação dos compromissos internacionais, mas eles podem escolher entre vários modos de execução.

Contudo, o artigo 4º da Constituição alemã, assim como o artigo 9º da Constituição da República Federal da Áustria são nada mais que tais disposições de aplicação dos tratados. No entanto, eles não se referem, conforme as disposições das constituições que foram analisadas, ao direito dos tratados internacionais em particular, mas ao direito internacional geral. Por isso não se exige uma lei aplicável para cada caso especial, estas seções exigem que os órgãos e também os cidadãos cumpram em cada caso, as regras de direito internacional que existem atualmente ou que venham a se desenvolver um dia. O mesmo princípio é reconhecido pela jurisprudência da Grécia. Ela não faz, no entanto, mais do que repetir a fórmula antiga e famosa anglo-americana que o direito internacional é uma parte da lei da terra.

O significado disto, é verdade, é controverso. Mas não há dúvida de que a doutrina anglo-americana também distingue entre a obrigação do Estado vis-à-vis pelo direito internacional e aquelas dos órgãos e cidadãos. Assim, a declaração de direitos e deveres das nações, proclamada em 1916 pelo Instituto Americano de Direito Internacional fala em seu artigo 6º de duas esferas de validade do direito internacional, entre os Estados e no domínio interno.

Em todos os casos, os artigos em questão, quem contêm apenas uma ordem geral dirigida aos órgãos e aos assuntos, não pensam de forma alguma, como a teoria da primazia do direito nacional, a fundar os compromissos internacionais do Estado em si sobre o seu direito constitucional. Tal intenção estaria do resto sem importância, tendo em conta que o direito internacional sobrevive à constituição do Estado, como desenvolvemos acima. A teoria da primazia do direito nacional deve, por conseguinte, definitivamente ser afastada.

### CAPÍTULO III –

#### A VONTADE COLETIVA DOS ESTADOS COMO BASE DO DIREITO INTERNACIONAL E O RENASCIMENTO DA DOUTRINA CLÁSSICA

A crítica do primado do direito nacional não é apenas um resultado negativo, ele também nos mostra o caminho que devemos seguir para resolver o nosso problema. Spinoza já escreveu que a vontade de um Estado é suficiente para provocar uma guerra, mas o estado de paz exige pelo menos a vontade de dois estados em conjunto. O direito à paz, ele disse, é baseado na vontade coletiva dos Estados.

Essa teoria foi retomada no final do século passado, nomeadamente por Triepel renomado professor alemão. Ele compartilha com Spinoza e Hegel o ponto de partida filosófico: a vontade como a base do direito. Uma regra de direito - escreveu Triepel - é o conteúdo de uma vontade superior às vontades individuais.... A formação da norma jurídica é também uma declaração de vontade, declaração de acordo com a qual algo deve tornar-se um direito. No direito interno, a fonte do direito é essencialmente da vontade do próprio Estado. Da mesma forma na esfera das relações entre Estados, a fonte do direito não ser outra coisa senão uma vontade originada nos Estados. Mas é evidente, que essa vontade que deve ser obrigatória para uma pluralidade de Estados, não pode pertencer a um único estado .... Mas se a vontade de qualquer um dos Estados não pode criar direito internacional só se pode imaginar uma única coisa: é que uma vontade comum, nascida da união destas vontades específicas, encontra-se capaz de preencher esta tarefa.... Observamos como meios para estabelecer tal unidade da vontade a "Vereinbarung", termo que é usado na doutrina alemã para designar as verdadeiras uniões de vontades e distingui-las dos contratos que são acordos de várias pessoas para declarações de vontades de um conteúdo oposto.

A passagem do Sr. Triepel faz uma crítica bastante perspicaz e justa para a doutrina da autolimitação do Estado. Pois é claro que a lei só entra em um estado sozinho não pode ser um direito internacional real. Um único Estado não pode criar um "direito público externo". Por esta razão, o Sr. Triepel exige para qualquer regra de direito internacional a vontade comum de vários

Estados, como evidenciado por uma "Vereinbarung ", isto é, pelas leis-tratados. Essa regra pode ser alterada ou cancelada somente por outra lei-tratado.

Mas qual é a natureza desta vontade comum dos estados? Qual é o link capaz de unir as vontades dos Estados isolados e as transformá-las em uma vontade coletiva?

Para resolver este problema, devemos lembrar o que dissemos no capítulo anterior, ou seja, que a vontade do Estado não é um fato extrajurídico que a experiência mostra-nos como tal. É, antes, um fato jurídico, isto é, um fato qualificado pela lei. Em suma, a vontade do Estado é a vontade de uma ou mais pessoas que o direito declara como vontade do Estado. Daqui resulta que, mesmo a vontade comum dos Estados não é realidade que se encontra por meio da observação. É também um fato jurídico, o que implica uma regra pela qual a vontade emanada de algumas pessoas é declarada vontade dos Estados. No entanto, o direito que contém esta regra pode ser nacional ou internacional. Mas se a vontade comum dos Estados foi formada por uma norma de direito nacional, o primado do direito nacional renasce. Seria então uma teoria fortemente rejeitada até mesmo por Mr. Triepel.

Se, pelo contrário, ele quer evitar essa consequência não há outra escolha, que não reconhecer pelo menos uma regra superior a vontade dos Estados que os une. É apenas supondo a existência de uma tal norma que uma vontade comum à qual os Estados específicos são subordinados, é concebível. Se a vontade de um único estado é a vontade de um órgão declarada pelo direito nacional como vontade do Estado e se a vontade de outro Estado é também a vontade de um órgão declarada como vontade do Estado pela sua legislação nacional, a vontade comum dos Estados-Membros não pode ser outra coisa senão a vontade dos órgãos que uma regra superior à vontade de cada Estado declarar como tal.

Mas, supondo que tal regra de ordem superior, voltamos a uma velha doutrina, fundada pelos célebres precursores de Grotius, desenvolvida pelo próprio Grotius e seus sucessores. Isso mostra que a doutrina da vontade coletiva dos Estados, nem a teoria do primado do direito nacional, foram capazes de fundar o direito internacional. Ambas desmoronaram em uma mesma crítica imanente. Mas a crítica demonstrou-nos também que estas teorias, caso se esforçasse de tirar suas consequências, abrem elas mesmas a porta à doutrina da

primazia do direito internacional. São elas mesmas que preparam o caminho para sua queda.

## § 8.

Nas últimas décadas, produziu-se uma reação crescente contra a doutrina internacionalista do século passado. Tem sido preparada primeiro pelo cientista holandês Krabbe, que por uma crítica profunda e decisiva inverteu a própria base da velha concepção. Esta concepção - nós já sabemos - procura fundar o direito internacional sobre a vontade do Estado, quer um só um Estado, quer vários Estados juntos. Ora, Krabbe mostra-nos com sinceridade que tal vontade de Estados, superior ao direito, é apenas uma pura ficção à qual não corresponde a realidade. Porque, realmente, há apenas vontades de ser vivo, de homens. Vontade do Estado não pode ser outro coisa que um ajuntamento de vontades humanas. Mas se você quer saber quais as vontades humanas que formam a vontade do Estado, vê-se claramente que falando de uma vontade de Estado supõe-se já uma regra de direito preexistente, que autoriza certas pessoas a agir em nome de uma coletividade dos homens unidos por regras de direito. Assim, não se pode fundar o direito na vontade do Estado, se deve ao contrário fundar a vontade do estado no Direito.

Esse pensamento foi desenvolvido pelo meu mestre e compatriota, o professor Kelsen, como na França pelo famoso jurista Leon Duguit. Esses estudiosos ensinaram ambos que "a vontade do declarante nunca é a causa criadora do efeito do direito, a declaração de vontade é somente a única condição de que depende o nascimento do efeito do direito determinado pela regra de direito. "Não é a declaração de vontade que é a causa criadora da situação jurídica consecutiva a um ato jurídico qualquer, ela não é, realmente, apenas a condição da aplicação de uma norma jurídica". "O ato jurídico não pode nela produzir o seu efeito de direito, ela é apenas a condição da aplicação do direito objetivo". Qualquer vontade jurídica pressupõe por conseguinte uma regra de direito, de acordo com a qual a declaração de vontade de certas pessoas é vinculada com uma consequência jurídica. É a vontade como tal que cria direitos, ela não pode fazê-lo apenas em virtude de uma regra de direito preexistente que ordena obedecer à esta declaração de vontade. Nem a



vontade do legislador, nem a vontade das partes contratantes não são a fonte suprema do direito, porque estas vontades obrigam apenas com base numa regra que delibera que as declarações destas vontades são obrigatórias. Reconhece-se por conseguinte que a validade de cada regra jurídica deve depender em última linha, não de uma vontade, mas de uma outra regra da qual ela provenha. Porque o direito apresenta - como observa-o com razão o Sr. Kelsen - “a particularidade de regular a sua própria criação; uma regra de direito determina como outra regula surge; neste sentido o segundo depende da primeira; é esta relação de dependência que une os vários elementos de uma ordem jurídica que é o princípio da unidade. A validade de uma norma jurídica se funda precisamente sobre a norma que regula sua criação; uma norma é válida se for posta em conformidade com a que está em relação a ela uma norma superior. O sistema de direito consiste, assim numa pirâmide de normas que estão entre elas sejam coordenadas, subordinadas e superiores. Mas qual regra constitui a cimeira deste edifício? É evidente que não pode ser igualmente uma norma jurídica, se chamar normas jurídicas as regras que derivam de uma vontade jurídica. De qual outra natureza é, por conseguinte a norma suprema da hierarquia das normas jurídicas?

## § 9.

Para o Sr. Kelsen assim como para o Sr. Anzilotti, distinto jurista italiano e juiz no Tribunal permanente de Justiça internacional, esta regra apenas é suposta, é apenas uma hipótese científica que garante a unidade do sistema do direito. A assim dita “Norma de origem” não é uma verdadeira norma ou norma fundamental, mas uma regra meramente suposta, uma regra hipotética que serve para construir o sistema de direito.

Esta ideia de uma norma fundamental hipotética foi combatida pelo Sr. Triepel, que afirma que esta hipótese não é de modo algum melhor que a sua doutrina da vontade coletiva dos Estados. Se derivarmos o direito de uma vontade – diz ele - devemos fazer-nos compreender evidentemente onde esta vontade tira a sua força obrigatória. Mas responder a esta pergunta por uma resposta não jurídica, fundar a validade do direito sobre fatos psicológicos, por exemplo sobre o sentimento dos sujeitos serem vinculados por quaisquer motivo, pela

vontade da comunidade, aquilo vale tanto quanto emitir a ideia de uma norma fundamental hipotética

Mas este raciocínio ignora a diferença fundamental entre as duas doutrinas. A teoria da norma hipotética fundamental tem por melhor fundar o direito sobre uma norma objetiva que é completamente alheia à vontade dos sujeitos a que ela se dirige. Se o Sr. Triepel procura, ao contrário, fundar o direito no sentimento dos sujeitos, a base do direito é absolutamente subjetiva. Se, portanto, o sentimento da obrigatoriedade faltar, a regra pode cair.

O Sr. Triepel tem, em contrapartida, razão quando declara que a norma fundamental hipotética é apenas uma pura ficção. A teoria da norma fundamental hipotética tem bem por objetivo fundar o direito sobre uma regra objetiva, e esse é o progresso devido à esta doutrina, mas realmente baseia o direito apenas na ficção de tal regra.

O Sr. Kelsen, como o Sr. Anzilotti, fala evidentemente de uma hipótese e pensa que a suposição de tal regra hipotética é tornada legítima pelo método das ciências da natureza que se servem igualmente das hipóteses científicas. Mas realmente há uma diferença essencial entre as hipóteses das ciências experimentais e a regra hipotética no domínio jurídico. Porque as hipóteses das ciências da experiência são apenas antecipações da experiência. Cada hipótese destas ciências não é outra coisa que uma lei hipotética que deve ser justificada pela experiência. Estas hipóteses não são bem como solicitações da experiência. O cientista interroga a natureza ou a vida social: certo fenômeno pode ser explicado por certa lei? E a natureza ou a vida social responde através da experiência: sim ou não.

Ora, o Sr. Kunz pensa que do mesmo modo, no domínio jurídico, a escolha da hipótese de origem não depende da vontade arbitrária do cientista, mas do conteúdo do sistema jurídico positivo.

Contudo o Sr. Kunz esquece que de acordo com a teoria do Sr. Kelsen todas as regras do direito positivo dependem em última análise da norma de origem hipotética. É desta hipótese e só dela - diz o Sr. Kelsen - que resulta a unidade da ordem jurídica e a natureza jurídica de todos os atos jurídicos. A norma fundamental hipotética é assim a base suprema do direito que estabelece as fontes do direito. Não se pode, por conseguinte escolher - como o Sr. Kunz acredita - a regra hipotética em correspondência com o direito positivo, porque

este direito existe apenas em virtude desta hipótese. Deste ponto de partida, o Sr. Kelsen faz apenas tirar as consequências lógicas, quando apoia, a tese de uma escolha possível entre a hipótese da primazia do direito internacional e a da primazia do direito nacional. Com efeito, se a existência das regras positivas dependem da norma fundamental hipotética, é impossível demonstrar a existência das regras supraestatais e todos os que aceitam como norma fundamental a regra que obedeça à constituição de certo Estado isolado.

Mas qual é a causa da diferença essencial entre a norma hipotética fundamental no campo jurídico, por um lado e os pressupostos de um experimento científico do outro? É, na minha opinião, que os pressupostos destas ciências devem e podem ser verificados pela experiência, enquanto a norma hipotética não é de forma verificável pela realidade. É possível também no campo jurídico indagar se os homens a quem as regras destinam-se estão dispostos a cumpri-las, mas este fato não verifica o dever de cumprir, ele verifica a previsão se os indivíduos agem de alguma maneira. Porque o fato de certa conduta humana existir não responde à pergunta: os homens devem conformar-se a certas prescrições? Responde apenas à pergunta: os indivíduos conformam-se a uma certa previsão? É apenas a esta pergunta que a experiência responde por sim ou por não, mas não atesta de modo algum que os homens devem agir como agem realmente. Assim, o método da verificação é reservado às regras da experiência e não pode ser aplicado às regras de direito, porque o seu sentido não exprime certa regularidade que pode-se demonstrar por pela experiência, mas por uma prescrição, uma obrigação, um dever cuja a existência não é de modo algum é provada pelo simples fato de que certa conduta humana é regularmente observada.

Temos, portanto, uma distinção clara entre as regras normativas, ou seja, regras que expressam o que deve ser e as regras que expressam uma regularidade das regras a natureza de uma parte, e da vida social de outra. Além disso, é evidente que uma regularidade da vida social não é um cumprimento de qualquer regra de Direito.

Mas se a regra fundamental hipotética não for não verificável pela experiência, não é uma hipótese no sentido estrito da palavra, mas um axioma cuja verdade deve ser provada por um outro método do qual se servem as ciências da experiência. Com efeito, outros cientistas voltam diretamente à velha teoria do

direito natural. Entre estes figuram teólogos como Cathrein, Mausbach e Xelim, bem como cientistas laicos como L. Von Bar, Nelson, Fur, Ebers cujas teorias – na verdade - assemelham-se, do ponto de vista crítico, às doutrinas que foram expostas, mas diferem destas por admitir verdadeiras normas objetivas superiores e independentes de qualquer vontade humana.

Da primeira categoria, citarei apenas Mausbach que professou: “Há um direito natural acima os Estados; há princípios para o direito das gentes que não podem ser alterados.” E, de acordo com o Sr. Liszt, que aceita a regra “pacta sunt servanda” como base mesmo do direito internacional, Mausbach pede: “Esta primeira norma é o resultado do direito usual ou dos tratados internacionais?” E responde: “Certamente não. Mas neste caso reconhecemos um princípio geral do direito natural como fundamento do direito das gentes”. Do mesmo modo L. Von Bar, L. Nelson e Eberscherchent baseiam o direito internacional no princípio da justiça universal. Louis Le Fur constata igualmente que o Estado não cria o direito. Ele afasta a doutrina autonomista que faz fundar todo o direito internacional sobre a vontade do Estado. Esta teoria – diz ele - não possui base “depende realmente de uma petição de princípio, a ideia da força obrigatória dos contratos como vinculativa à vontade do Estado. Isto pressupõe a existência de uma lei moral acima do estado e que exige respeito pela palavra dada.

Estas citações são suficientes para reconhecer que a doutrina tradicional do direito internacional, especialmente a de Suárez e Grotius renasceu.

Mas o objetivo final de nossa tarefa não é alcançado. Porque a objeção fundamental da teoria positivista contra qualquer noção de direito natural subsiste. De acordo com esta objeção, o chamado direito natural é uma sensação subjetiva de justiça que varia de acordo com as culturas e as circunstâncias. O erro da teoria do direito natural – diz ele - é precisamente o de confundir direito com a moral e a política os quais devem ser claramente separados. Porque a jurisprudência pode apenas analisar o conteúdo do direito positivo sem ter a competência de examinar se estas regras são justas ou não. A inauguração de tal “actio finium regundorum” entre a jurisprudência por um lado e a ciência da moral por outro lado é um mérito incontestável da doutrina positivista, principalmente de teóricos como K. Bergbohm e Kelsen que - como vimos - no domínio do direito internacional tinha já um antecessor,

nomeadamente J.J. Moser. Os seus esforços tentaram purificar o direito, não o direito em que acreditava na falta dos acessórios psicológicos, sociológicos, políticos e éticos para coroar uma jurisprudência pura, ou seja, de uma ciência que trata apenas do conteúdo do direito positivo, sem estar a criticá-lo.

Contudo, como um corredor que para atingir o seu objetivo excede-o frequentemente, assim a doutrina positivista foi demasiado distante na luta legítima contra a mistura das categorias éticas e jurídicas. Tem efetivamente razão de pretender que o direito positivo é um valor diferente da moral, mas esta diferença não é absoluta, mas é relativa.

Porque qualquer direito positivo supõe a ideia da justiça, é apenas um ensaio que tem mais ou menos tido êxito para aplicar esta ideia às circunstâncias. O sentimento da justiça evidentemente varia de acordo com as pessoas e os períodos da história. Mas aquilo não impede de forma alguma que a justiça como tal seja um valor objetivo e absoluto, independente da vontade e do sentimento dos homens. Porque não é o homem que cria as regras da justiça, ele só pode observá-las. Estes princípios existem numa esfera ideal, como as verdades matemáticas que do mesmo modo são absolutamente independentes devido ao seu conhecimento ou reconhecimento pelos homens. Deve-se, por conseguinte distinguir claramente as regras objetivas da justiça ideal do sentimento subjetivo da justiça que é apenas um meio para reconhecê-la.

O conhecimento destes princípios evidentemente é extremamente difícil e só se adquire muito lentamente unicamente com o desenvolvimento da civilização. Porque para reconhecer todas as regras da justiça, seria necessário abraçar de maneira absoluta o campo inteiro da atividade humana à qual elas se aplicam. Mas, como cada homem percebe apenas uma parte mais ou menos restrita desta atividade, o sentimento da justiça varia igualmente. Assim conciliam-se dois fenômenos que pareciam inconciliáveis, a saber, um que de todos convencemo-nos a reconhecer em um dado comento o que é justo e outro que estes julgamentos de diversos homens não são sempre em harmonia. Um encontra às vezes exatamente que outro condena.

Do mesmo modo, a pluralidade dos sistemas morais parece opôr-se à consciência de cada um deles de ser único na posse dos verdadeiros princípios, fato que induziu o Positivismo a pretender que esta consciência é apenas uma quimera e que realmente há apenas regras morais subjetivas.

Mas a escola filosófica dizer fenomenológica resolveu com sinceridade este problema que parece ser paradoxal demonstrando que a tese de uma ética objetiva e a de sistemas morais diferentes não são contraditórias. Porque cada sistema moral pode abraçar apenas certa parte do mundo objetivo das ideias éticas negligenciando os outros. Esta estreiteza da nossa consciência dos valores (Enge des Wertbewusstseins) explica o fato que um sistema moral aceite como valor supremo uma ideia que outro sistema não vê de forma alguma ou à qual reconhece apenas um papel subordinado no que diz respeito uma ideia superior que foi omitida pelo outro sistema

Há, contudo, também ideias éticas que são reconhecidas por cada civilização. Assim, o Barão Korff, do qual já temos feito menção, demonstra que no domínio do direito internacional “sempre existiu uma predominância marcada: ideias ou concepções morais; estas ideias morais triunfam sobre a força bruta, domam-na e controlam-na permanentemente”. Para mim estas ideias configuram os princípios fundamentais das relações internacionais que foram constantes e por toda a parte os mesmos, nomeadamente a santidade das obrigações e os contratos internacionais. A esse respeito - diz o Sr. Korff - nunca não houve diferença, que estas obrigações fossem consideradas vinculadas ao Estado impessoal ou ao seu principal representante, o rei ou o soberano. A força obrigatória de todas as obrigações internacionais permaneceu exatamente a mesma desde o tempo Ramsés ou de Murdoc, de Péricles ou de Cícero até os nossos dias. Esta ideia estava igualmente à base da teoria romana dos tratados internacionais dos quais falamos ao capítulo II porque também reconhecia a necessidade de fundar estas convenções sobre uma base acima a vontade das Partes contratantes.

Esta regra “pacta sunt servanda” tem um duplo caráter. Por um lado, é evidentemente uma regra do direito positivo, porque é aceita pela prática geral dos Estados. Assim o protocolo bem conhecido de 17 de janeiro de 1871 da conferência de Londres declara solenemente: “Os plenipotenciários da Alemanha, da Inglaterra, da Áustria, da Itália, da Rússia e da Turquia, reunidos, reconhecem que é um princípio essencial do direito internacional que nenhuma potência possa liberar-se compromisso de um tratado, nem alterar as estipulações salvo com a aprovação das partes contratantes, através de um acordo amigável”. Mas por outro lado a norma pacta sunt servanda tem

também um patamar superior ao direito positivo. Porque cada regra do direito positivo, quer o direito convencional, quer o direito usual que se compõe apenas dos tratados tácitos, supõe já a regra *pacta sunt servanda* na qual baseiam-se. Este pensamento não foi somente exposto pela escola do direito natural, como já desenvolvemos, mas foi reconhecida igualmente por um dos primeiros partidários da escola positivista, a saber pelo famoso holandês Bynkershoek que formulou-o nos termos seguintes: “*Pacta privatorum tuetur sumo civil; pacta publicorum bona fides. Hanc si tollis, tollis inter principes commercia quae oriuntur ex expressis pactis, quin et tollis ipsum jus gentium, quod oritur e pactis tacitis et praesumptis, quae ratio et usus inducunt*”.

Esta regra “*pacta sunt servanda*” não é por conseguinte somente uma simples norma jurídica, é igualmente uma regra ética, ou seja um valor evidente ou que se liberta logicamente de uma regra absoluta, por exemplo da norma “*suum cuique*”.

Assim, o direito positivo é uma classe especial no mundo dos valores, mas não é totalmente independente dos outros ramos da ordem normativa. O direito positivo é, de fato, um valor relativo, o que muda com o desenvolvimento da civilização, mas ainda assim, é com base no valor absoluto da ideia de justiça como qualquer valor relativo não é valor a não ser em conexão com um valor absoluto. Este pensamento também decide a disputa científica, se há ou não uma escolha entre o primado do direito nacional e o aquele do direito internacional. Porque a justiça universal opõe-se à primazia do direito nacional que não é senão a negação do direito no campo internacional.

## CAPÍTULO IV

### DA PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL E A CONCEPÇÃO MONISTA DO DIREITO

#### § 10.

Se reconhecermos que a regra do *pacta sunt servanda* é superior à vontade dos Estados, é fácil provar que as estipulações entre os Estados em virtude dessas regras lhes são igualmente superiores. Porque a norma "*pacta sunt servanda*" obriga os Estados a cumprir as regras estabelecidas por acordo entre eles. Este acordo pode ocorrer tanto por ajuste expresso ou por um acordo tácito das nações, isto é, por atos conclusivos de que os Estados são os participantes e percebem que eles querem estar ligados de alguma maneira. As regras do primeiro grupo são o direito convencional, as normas do grupo segundo o direito consuetudinário. Mas, uma como a outra podem introduzir também regras criadas por outro procedimento. Assim, o artigo 38 do Regulamento da Corte Permanente de Justiça Internacional obriga o Tribunal de aplicar subsidiariamente "os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas", em sua legislação nacional. A mesma disposição é encontrada em vários tratados de arbitragem.

Esta não é a vontade, como tal, a vontade de um Estado, é o desejo comum de todos ou vários estados, dá origem ao direito internacional, mas a força obrigatória disso decorre da regra objetiva do *pacta sunt servanda*, que obriga os Estados a respeitar a palavra dada. Assim, o conjunto do direito internacional é hierarquicamente superior aos estados. Estes em contrapartida são-lhe subordinados. Porque a qualquer superioridade corresponde sempre uma subordinação. Assim a crítica da teoria dominante conduz-nos à primazia do direito internacional.

Mas antes de desenvolver este pensamento, convém ocupar-nos ainda resumidamente de uma objeção muito difundida. Afirma-se frequentemente que no domínio do direito internacional o legislador coincide com os assuntos aos quais este direito dirige-se. O Estado, diz-se, é igualmente legislador e sujeito do direito internacional. Mas esta tese é errada. Esquece que realmente as regras do direito internacional nunca não são criadas por um Estado único, mas por uma comunidade de Estados quer de todos, quer de vários Estados. O legislador do direito internacional



não é, por conseguinte o Estado, mas uma comunidade de Estados. Os sujeitos do direito internacional, pelo contrário são os Estados particulares.

No direito internacional, há, por conseguinte a mesma diferença entre o legislador e os sujeitos que numa sociedade extremamente democrática. Porque o ponto característico de tal organização consiste em que todos os membros contribuem para a formação da vontade geral à qual os particulares são submetidos.

Do mesmo modo os Estados-Membros da comunidade internacional são subordinados às regras desta sociedade criadas pela vontade geral. Há, por conseguinte apenas de decidir-se para a primazia do direito internacional.

A primazia do direito internacional é de uma importância fundamental para o edifício jurídico. Porque é capaz de superar a pluralidade das ordens jurídicas fornecendo uma concepção unitária do direito.

## § 11.

A doutrina ainda dominante apoia que os diversos direitos nacionais, bem como o direito estatal por um lado e o direito internacional por outro lado são círculos jurídicos fechados sem relação entre eles. Propus em 1914 que chamasse esta concepção a construção dualista do direito, denominação que infelizmente já tem penetrado na doutrina, porque valeria melhor dizer construção pluralista do direito. Porque, para os seus autores, não somente o direito internacional por um lado e o direito nacional por outro lado, mas também cada direito nacional forma um sistema isolado que é completamente independente do outro. Mas, em suma, a denominação “construção dualista” pode ser mantida porque se trata primeiro de sublinhar a independência recíproca do direito internacional e o direito nacional.

A teoria da primazia do direito nacional, em contrapartida, que já desenvolvemos e que procura fundar o direito internacional sobre o direito nacional, quer na verdade criar uma construção monista, ou seja uma construção unitária do direito. Contudo, não chega ao seu objetivo e por duas razões: uma consiste, como vimos, na impossibilidade de basear todo o direito internacional no direito nacional. Mas, ainda que fosse possível, os diversos direitos nacionais permaneceriam, no entanto independentes um do outro.

Mas a teoria da primazia do direito internacional não garante somente a unidade do direito nacional e o direito internacional; é igualmente apta a fundar

os diferentes direitos nacionais da comunidade internacional no sistema unitário do direito. Ela é a única a fornecer uma verdadeira construção monista. Esta teoria tem sido atacada recentemente por uma crítica ardente que nos interessa particularmente porque provem do eminente professor Triepel, o porta-voz principal da doutrina dualista, defendida igualmente pelo nosso famoso colega de Roma, o Sr. Anzilotti.

A teoria dualista sustenta que o direito internacional e os direitos nacionais são ramos do direito absolutamente diferentes entre si, principalmente pelas seguintes razões:

1º As fontes jurídicas do direito nacional diferem – de acordo com esta teoria - absolutamente daquelas do direito internacional. A fonte do direito é a vontade de um só estado, a lei internacional deriva da vontade coletiva de vários Estados. Do mesmo modo a lei de um Estado não tem qualquer relação jurídica com o direito de outros Estados. É arbitrário dizer que estes sistemas jurídicos são baseados no direito internacional. Se isso fosse verdade - disse Triepel - o direito internacional deveria ter existido desde o começo do mundo ou pelo menos desde o tempo em que Deus expulsou do paraíso primeiros seres humanos. A teoria do primado do direito internacional é absolutamente anti-histórica.

2º O direito internacional governa igualmente outras relações diversas das reguladas pelo direito interno. Este regula as relações entre os indivíduos apresentados ao Estado como as relações entre os sujeitos e o Estado; o direito internacional, pelo contrário, regula apenas as relações entre os Estados perfeitamente iguais.

Disso resulta que os sujeitos são obrigados a obedecer também às regras do direito interno contrárias ao direito internacional que vincula apenas o Estado em si. Estas leis são, por conseguinte, embora em oposição com as prescrições do direito internacional, as leis válidas para os sujeitos que lhe são submetidos.

Tentamos contestar estes argumentos em poucas palavras.

Esta tarefa é-nos facilitada pelo próprio Sr. Triepel por dois pontos de vista. Se várias fontes - diz primeiro - forem coordenadas, uma a outra, uma dependência jurídica de uma vontade a outra não é possível, salvo se ambas forem submetidas a uma terceira vontade que se impõe a elas. Por exemplo,

os Estados-Membros de um Estado federal dependem um do outro porque eles são submetidos à vontade jurídica do Estado federal. Ora, sabemos pela história que a maior parte dos Estados federais formou-se pela vontade de certos Estados até então soberanos. Do mesmo modo, a teoria da primazia do direito internacional se apoia na história de que o direito internacional positivo desenvolveu-se antes do direito interno, ele apenas disse que desde o nascimento da comunidade internacional, o direito internacional é superior ao direito interno. M. Triepel confundia uma categoria histórica, com uma categoria e lógica jurídica.

É, portanto, uma petição de princípios dizer que entre o direito interno e o direito internacional, uma relação de justaposição é impossível. Esta tese está de resto também em contradição com o ponto de partida da teoria de Triepel que distingue claramente a vontade comum dos Estados da vontade dos Estados específicos, admitindo que aquela é capaz de impor aos membros da comunidade internacional regras obrigatórias de conduta. Mas esta vontade comum, formada com base na norma primária “pacta sunt servanda”, é precisamente a vontade sobreposta aos Estados coordenados que são iguais, apenas pela sua subordinação igual ao direito internacional.

Resulta que é impossível tratar o direito internacional e o direito interno bem como os diversos direitos nacionais da comunidade internacional como sistemas jurídicos absolutamente separados. Porque encontram-se numa relação de dependência recíproca que é uma relação de subordinação do direito interno no que diz respeito ao direito internacional e, por conseguinte, uma relação de coordenação entre os diversos direitos nacionais.

Não é, por conseguinte justo dizer - como expõe o Sr. Triepel - que, por exemplo, o direito sueco não tem nenhuma relação jurídica com o direito japonês. Porque realmente esta relação existe pelo fato da sua subordinação comum ao direito internacional.

Desde o momento em que há esta subordinação, os Estados deixam de ser absolutamente livres e fazem parte do sistema jurídico da comunidade internacional. Sem dúvida guardam ainda neste quadro uma liberdade muito vasta, mas esta liberdade não é mais juridicamente ilimitada, porque é restringida pelas regras do direito internacional.

Mas uma liberdade que depende das regras postas por uma comunidade superior é apenas uma liberdade limitada, ou seja, uma competência conferida pelo direito sobreposto. Este pensamento é aprovado agora pelo artigo 15, parágrafo 8, do Pacto da Sociedade das Nações que fala das diferenças que levam a uma pergunta sobre o “que o direito internacional deixa à competência exclusiva” de um Estado em litígio. Por esta disposição, o Pato reconhece claramente que a liberdade dos Estados, mesmo na sua atividade que incumbe exclusivo à legislação nacional, decorre do direito internacional. É, por conseguinte, com razão que o eminente jurista o Sr. de Lapradelle, que defende perante o Tribunal de Justiça internacional, compara a competência exclusiva dos Estados às declarações de direito pelas quais os indivíduos veem-se reservar diversos privilégios intangíveis sobre os quais não terá mais de ação a lei majoritária dos diferentes Parlamentos; do mesmo modo, nas Constituições de certos Estados de forma federativa, há direitos que são direitos reservados. Mas como estes direitos na sua qualidade de direitos positivos existem apenas em virtude da Constituição do Estado, assim toda a esfera de atividade do Estado é apenas uma competência com base no direito internacional. Onde resulta claramente que as ordens jurídicas dos Estados-Membros da comunidade internacional dependem em última linha do direito internacional. A concepção unitária do direito impõe-se, por conseguinte.

Contudo, para passar ao segundo argumento da doutrina combatida por nós - o Sr. Triepel afirma que a dominação de uma fonte jurídica sobre outra se apresenta sob duas formas. De acordo com uma, a fonte jurídica sobreposta limita a competência da fonte subordinada. Atribui-lhe ou recusa-lhe, em certo limite, a capacidade, de criar regras válidas. São, por conseguinte nulas se excederem os limites traçados pela regra dominante. No outro caso “é possível - diz o Sr. Triepel - que a fonte preponderante, em vez decidir da capacidade da vontade jurídica subordinada, faça-lhe comandos relativos à criação de um direito. Pode dar-lhe a ordem de regular certas matérias; pode proibir-lhe que legisle em certas direções, mas sem que a violação da proibição provoque a nulidade...”. Ora, o Sr. Triepel pensa que este tipo de subordinação é característico para a relação do direito interno em direção ao direito internacional; melhor exemplo para o primeiro, em contrapartida, é fornecido pelas disposições das constituições federais que recusam aos Estados-

Membros a capacidade de criar por eles mesmos um direito nas matérias para as quais a competência legislativa pertence exclusivamente ao Estado federal. E precisamente esta diferença entre as relações do direito internacional com o direito interno por um lado e o direito federal com o direito dos Estados-Membros, por outro lado, é, de acordo com o Sr. Triepel, a causa decisiva pelo fato de “o dever de obediência dos assuntos no que diz respeito à lei do Estado é absoluto cerca de atitude que tome esta lei em relação ao direito internacional, enquanto um ato de um Estado-Membro pode ser dotado da validade pela constituição do Estado federal; porque os assuntos do Estado-Membro são também assuntos do Estado federal”.

Com efeito, não se saberia duvidar que para assegurar a legalidade dos atos jurídicos, as garantias diversas devem existir. Para mim, elas configuram as disposições que declaram os atos irregulares como nulos de pleno direito, ou anuláveis por certos órgãos. Mas esta diversidade não separa de modo algum a relação do direito interno no que diz respeito ao direito internacional do direito federal no que diz respeito ao direito dos Estados-Membros. Porque, sob o domínio do direito federal também, um ato de um Estado-Membro pode ser válido, embora exceda a competência que lhe é conferida pela constituição federal. Assim, de acordo com a constituição federal da República da Áustria, qualquer lei de um Estado-Membro é válida, ainda que exceda os limites da sua competência. Mesmo o juiz, embora seja um órgão federal, deve aplicá-la. Mas o governo federal tem o direito de pedir ao Tribunal Constitucional a cassação destas leis irregulares. Não são, por conseguinte nulas como tais, mas sujeitos à anulabilidade. Permanecem assim provisoriamente em vigor até ao momento da sua cassação pelo Tribunal Constitucional.

Ora, a posição das leis do Estado contrárias ao direito internacional é exatamente a mesma. Obrigam evidentemente os sujeitos tanto quanto as leis conforme o direito internacional. Mas esta validade é igualmente apenas relativa e provisória. Porque o Estado lesado é autorizado pelo direito internacional a exigir que estes atos sejam anulados. E o Estado do qual o ato irregular provem é obrigado internacionalmente a conformar a sua legislação, mesmo a sua constituição, às prescrições do direito internacional.

A prática internacional confirma esta regra. Assim o Sr. Van Eysinga chamou a atenção sobre uma troca de notas entre o governo dos Países Baixos e a

Santa-Sé em 1852. Os fatos são os seguintes: A revisão da Constituição de 1848 introduziu a liberdade absoluta para as comunidades religiosas dar-se a organização que lhes convier. A concordata de 1827, em contrapartida, partia de ideias opostas ao princípio da separação entre a Igreja e o Estado. Ora, o Núncio Apostólico propôs, na sua nota de 23 de junho de 1852, que a Concordata de 1827 permanecesse sem execução ao lado da nova organização da Igreja pela Constituição dos Países Baixos. Mas o Governo holandês recusou este ponto de vista. Respondeu, datado de 14 de agosto de 1852: “Se de um lado os princípios da lei fundamental permitiram uma livre organização dos negócios religiosos dos diferentes cultos, de outro (lado) estes princípios não infringem as convenções que existem entre o Estado e estes cultos e a adoção da lei fundamental não pode ser levantada para que quando da adoção da lei fundamental atual, similares convenções existentes, estas dominem as disposições fundamentais e restringem e suspendem a aplicação. Ao lado de outra apreciação, o Estado poderia unilateralmente liberar-se os seus compromissos, alterando a Constituição; se não a outra parte encontrar-se-á reciprocamente comprometida pelas mesmas convenções e não poderia invocar as disposições fundamentais nem fazer sua aplicação em detrimento dos compromissos contratados sem que a preliminar das duas partes fiam um compromisso quanto a este assunto, quer expressamente quer tacitamente”. E na sua resposta o Núncio declara em 17 de setembro de 1852 que “a Santa-Sé reconhecia e aceitava o princípio enunciado pelo Governo dos Países Baixos relativamente à força das concordatas, princípio fundado sobre o direito público e que Santa-Sé sempre afirmou que as concordatas têm um valor superior às leis mesmo fundamentais do Reino”.

Outro litígio da mesma categoria estourou em 1919 entre a Alemanha por um lado e as Potências Combinadas e Associadas por outro lado. Estas potências constataram que as disposições do segundo parágrafo do artigo 61 da nova Constituição alemã constituem uma violação do artigo 80 do Tratado de Versailles. E a Alemanha, embora interprete o artigo 61 de maneira compatível com o tratado de paz, hesitou a declarar apenas se a Constituição e o tratado estivessem contradição, a Constituição não poderia prevalecer. A própria Constituição alemã reconhece pelo artigo 178 que “as estipulações do tratado de Versailles não poderiam ser afetadas pela Constituição”: artigo que foi inserido

a fim de evitar antecipadamente qualquer contradição possível entre as regras da Constituição e as condições do tratado de paz.

Mas na falta de tal disposição expressa no direito interno, é verdadeiro que as regras do direito estatal contrárias ao direito internacional não são consideradas como nulas de pleno direito. Contudo, este fenômeno não se opõe de forma alguma à concepção unitária do direito. Este fenômeno não é, como vimos, a primeira singularidade da relação do direito interno no que diz respeito ao direito internacional; não é também uma necessidade, mas unicamente uma consequência do direito positivo atual. Em outros termos: O fato que as regras do direito interno contrárias ao direito internacional vinculem as pessoas é apenas uma consequência do direito internacional atualmente em vigor que, em geral, não obriga os assuntos diretamente, mas declara os Estados “competentes a criar as regras que se impõem aos assuntos dos seus territórios respectivos”. Mas nada impediria o direito internacional de restringir esta competência dos Estados e de dirigir-se diretamente aos sujeitos. Realmente, já o faz, como veremos no capítulo seguinte, em certos limites. E as necessidades da vida internacional impõem sem dúvida outras reduções do domínio reservado ainda aos Estados. Mas se a extensão da competência dos Estados depender do conteúdo do direito internacional, se variar de acordo com a mudança deste direito, é claro que a competência dos Estados é fundada, no momento da existência do direito internacional positivo, sobre este direito.

Se, por conseguinte, disser-se que o Estado tem a competência da competência, isso somente será verdadeiro num sentido restrito, a saber, para com os seus órgãos e os sujeitos que se encontram sobre o seu território. Mas a competência da competência absoluta está na posse da comunidade internacional, que é a única capaz de alterar todas as competências das comunidades subordinadas.

A concepção unitária do direito é, por conseguinte inevitável.

## CAPÍTULO V

### O FUNCIONAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL.

#### § 12.

A concepção unitária do direito sobre a base do direito internacional, que já mencionamos, é finalmente provado pelo funcionamento do próprio direito internacional. Porque o direito internacional no sentido tradicional, ou seja as regras do direito usual e convencional que regularmente se dirigem apenas aos Estados e não aos órgãos ou sujeitos específicos, podem penetrar na vida apenas através dos atos do Estado ou outros atos jurídicos. Elas têm, por conseguinte necessidade de tais atos inferiores para realizar a sua tarefa.

Esta verdade é de resto afirmada pela própria doutrina dualista. Assim o Sr. Triepel admite-o com razão: “Para preencher a sua tarefa – escreve ele - o direito internacional continuamente é obrigado a recorrer ao direito Interno. Sem ele, é completamente impotente. É semelhante a um marechal que dá as suas ordens apenas aos chefes das tropas e não pode atingir o seu objetivo salvo se estiver de acordo com os generais, que conformam-se às suas instruções, dão novas ordens aos que lhes são apresentados. Se os generais se recusam, perde-se a batalha. E assim como uma ordem do marechal provoca dúzias de ordens ulteriores por parte dos subordinados, do mesmo modo uma só regra do direito internacional produz às vezes quantidade de normas do direito interno que todas reduzem-se a isto: realizar o direito internacional na vida interna do Estado”.

Mas o Sr. Triepel não tira as consequências desta verdade. Não vê que esta conexão necessária do direito internacional com o direito interno está cheia de contradição com a doutrina dualista. Assim ela nos leva, de fato, como Moisés às fronteiras da terra prometida, mas sem entrar no quadro do sistema unitário. Permanece assim o partidário da doutrina dualista, embora contribua tanto para a vitória da concepção unitária.

Este fenômeno que parece curioso explica-se, como cremos por duas razões. Primeiro, o ponto de partida da construção dualista é baseado no erro da doutrina tradicional que todo o direito é contido nas regras gerais (leis, convenções, costumes). Mas, com efeito, o direito forma uma pirâmide de atos



jurídicos, quer abstratos ou gerais, quer concretos ou individuais. No topo deste edifício encontra-se a regra fundamental que tem como função instituir a autoridade suprema criadora do direito positivo. É, como vimos, a regra “pacta sunt servanda” que designa como lei positiva suprema “os pactos” concluídos entre os Estados, ou seja, as regras postas pela vontade coletiva de Estados que se manifestam por acordos expressos ou tácitos.

Contudo, estas regras constituem apenas as etapas superiores do regulamento jurídico. Porque delas dependem as outras regras subordinadas. Assim, o direito interno dos Estados é baseado nas regras usuais do direito internacional que limitam a competência dos Estados. As regras estatais, no entanto, formam também entre elas uma hierarquia de atos jurídicos sobrepostos e subordinados. À constituição do Estado é subordinada a simples lei. Um grau mais baixo vêm as prescrições ou regulamentos que contêm ainda regras gerais. Mas da mesma maneira que disposição geral é abstrata, deve no fim ser individualizada. É necessário estabelecer se o fato previsto em abstrato pela regra geral existe em concreto, e, na afirmativa, aplicar, ou seja, primeiro ordenar e seguidamente fazer aplicar a sanção prescrita igualmente dentro do abstrato. Tal é o papel dos atos judiciais, como o das decisões das autoridades administrativas. Ambos os concretizam e realizam as regras gerais por regras individuais.

Ora, as regras usuais ou convencionais do direito internacional são regularmente executadas por atos estatais, quer leis ou regulamentos complementares, quer atos administrativos ou judiciais. O direito internacional não é, por conseguinte uma classe isolada no domínio jurídico, não é separado absolutamente dos outros ramos do direito. Realmente coexiste com o direito interno e não é nada além de um grau elevado na pirâmide das regras jurídicas do sistema unitário.

Mas a construção dualista ainda é viciada por outra falta. Porque os Estados realizam e não concretizam sempre o direito internacional. Ao lado desta esfera de execução das regras gerais do direito internacional, há umas outras vias ainda negligenciadas pela doutrina dominante, nomeadamente uma esfera de atos executivos feitos por órgãos internacionais. Estes funcionários podem ser órgãos legislativos, administrativos ou judiciais. A sua competência pode

desenvolver-se quer num país que não é o território de um Estado, quer sobre o território de um Estado.

Assim a Comissão de Governo da Bacia do Sarre tem de acordo com o anexo aos artigos 45-50 do tratado de Versailles todos os poderes de governo que pertencem anteriormente ao Império alemão, à Prússia e à Baviera, incluindo o poder de nomear e exonerar os funcionários e criar órgãos administrativos e representativos que considere necessários. Tem igualmente plenos poderes para administrar e explorar as estradas de ferro, os canais e os diferentes serviços públicos. As leis e regulamentos em vigor sobre o território da bacia do Sarre em 11 de novembro de 1918 continuarão evidentemente em vigor. Mas se, por motivos de ordem geral ou para pôr estas leis e regulamentos de acordo com as estipulações do tratado de Versailles, fosse necessário fazer modificações, estas são decididas e efetuadas pela Comissão de Governo, após pareceres dos representantes eleitos pelos habitantes, seguidamente em tal forma que a Comissão decidirá. Do mesmo modo, os tribunais civis e criminais que existem sobre o território da bacia do Sarre até à entrada em vigor do tratado de Versailles são mantidos. Mas este tratado autoriza a Comissão de governo a constituir um Tribunal civil e criminal para julgar em grau de recurso as decisões tornadas pelos referidos tribunais e deliberar sobre as matérias que estes não podem apreciar. Este Tribunal faz a Justiça em nome da Comissão de governo. Ele compõe-se de cinco membros nomeados pelo Conselho da Sociedade das Nações e compreende um membro francês, um originário e habitante do território da bacia do Sarre, e três membros cidadãos de outros países que não sejam a França e a Alemanha. Os membros da Comissão de governo são nomeados para um ano e o seu mandato é renovável. Podem ser destituídos pelo Conselho da Sociedade das Nações que indicará, neste caso, o substituto.

Contudo a soberania da Alemanha sobre este território é reservada porque, de acordo com o artigo 49 do tratado de Versailles, ela renunciou, apenas em prol da Sociedade das Nações como fideicomissário, ao governo deste território para um período de quinze anos a contar entrada em vigor do mesmo tratado. Com a expiração deste prazo, a população do território da bacia do Sarre será chamada para fazer conhecer a sua vontade como se segue: um voto para cada comuna ou distrito para decidir sobre as três alternativas seguintes: a)

manutenção do regime estabelecido pelo tratado de Versailles; b) união à França; c) união à Alemanha. A Sociedade das Nações decidirá então da soberania sob a qual o território será colocado, tendo em conta desejo expresso pelo voto do popular.

Aí está um exemplo para uma parte de um território de um Estado governado agora por um órgão internacional. Neste caso, a execução do tratado não é confiada a um Estado, mas uma comunidade internacional parcial, a saber, a Sociedade das Nações que se serve, para exercer esta competência, de um órgão internacional.

Estamos, por conseguinte na presença das regras de direito gerais e individuais postas por um órgão internacional que obrigam diretamente as pessoas deste território.

Um órgão internacional de um tipo análogo, embora de uma competência mais restrita, foi a Comissão europeia do Danúbio marítimo. “O ato do Congresso de Viena - diz o artigo 15 do tratado de Paris de 30 de Março de 1856 – estabeleceu os princípios destinados a regular a navegação dos rios que separam ou atravessam vários Estados, as Potências contratantes estipulam entre elas que no futuro estes princípios serão aplicados igualmente ao Danúbio e as suas embocaduras. Declaram que esta disposição faz doravante parte do direito público da Europa e toma-o sob a sua garantia.” Para assegurar a devida aplicação destes princípios, o tratado de Paris instituiu duas comissões, uma temporária e outra permanente. Esta foi encarregada elaborar os regulamentos de navegação e de polícia fluvial, fazer desaparecer os obstáculos de qualquer natureza que fosse, que se opunham ainda à aplicação ao Danúbio das disposições do tratado de Viena; de ordenar e fazer executar os trabalhos necessários sobre todo o percurso do rio; por último velar, após a dissolução da comissão temporária, pela manutenção da navegabilidade das embocaduras do Danúbio e as partes do mar vizinhas. E o tratado de Berlim, de 13 de julho de 1878, declarou, no artigo 53, que a comissão europeia do Danúbio na qual a Romênia é representada exerceria doravante as suas funções até a Galatz numa completa independência da autoridade territorial. Agora ela exerce outra vez de acordo com o artigo 346 do tratado de Versailles os poderes que tinha antes da guerra. Contudo e provisoriamente os representantes da Grã-Bretanha, da França, da Itália e da Romênia são os

únicos a fazer parte desta Comissão. A competência da Comissão Europeia do Danúbio abrange poderes legislativos, executivos e judiciais. Porque emite os regulamentos da polícia fluvial e da navegação, faz executar os trabalhos necessários e decide do litígios que se referem às infrações aos regulamentos fluviais. É, por conseguinte igualmente um órgão internacional competente pôr regras de direito gerais e individuais, diretamente aplicável aos indivíduos.

Mas, existem também órgãos internacionais aos quais incumbe unicamente uma administração e uma jurisdição indireta. Tal é, por exemplo, a competência da Comissão Internacional do Danúbio fluvial, organizada pelo artigo 347 do tratado de Versailles, como a Comissão Internacional de Elba, instituída pela Convenção de 22 de fevereiro de 1922. Ela é encarregada de velar pela manutenção da liberdade de navegação e o bom estado da via navegável bem como a melhoria desta via; se pronunciar as queixas às quais dá lugar a aplicação da referida convenção, de constatar se as tarifas respondem às condições estipuladas; pronunciar-se sobre os recursos levados a ela, bem como proceder à todos os inquéritos e inspeções que julgar útil pelas pessoas que designará para este fim.

Em todos os casos analisados, trata-se, por conseguinte de órgãos internacionais competentes sobre o território de certo Estado. Mas da mesma maneira que órgão internacional é o órgão de certa comunidade de Estados, encontramos, por conseguinte na presença do fato que uma comunidade de Estados exerce uma competência sobre o território de um Estado através de um órgão internacional. Se esta competência da comunidade internacional excluir todas as atividades do Estado soberano sobre este território, fala-se de um coimpério. Assim a Áustria-Hungria exercia antes de 1908 apenas “o coimpério sobre a Bósnia-Herzegovina, porque estes países permaneceram até ao momento da cessão pela Turquia sob a soberania deste país. Do mesmo modo, a competência da Sociedade das Nações na Bacia do Sarre é apenas “um coimpério”. A Alemanha evidentemente agora é privada de todos os direitos neste país, mas a soberania alemã é reservada. A Sociedade das Nações é apenas o fideicomissário até decisão à definitiva.

Existem, contudo, países que também não estão sob a soberania de um Estado, mas uma comunidade de Estados mais ou menos larga. É o caso “do condomínio”. A doutrina tradicional pensa que “condominium” é um território

colocado sob a dominação comum de dois ou vários Estados, por conseguinte que é submetido a regras de diferentes Estados criadas por um órgão comum. Mas esta construção confunde duas noções que devem ser distinguidas claramente, a saber, a noção de órgão comum e a de um órgão internacional. Com efeito, a existência de qualquer órgão comum supõe que duas ou várias ordens jurídicas são separadamente capazes de conferir às mesmas pessoas certa competência. Assim dois Estados podem dar a competência de chefe de Estado (rei ou imperador) ao mesmo homem ou a mesma família, porque cada um deles é o único competente a criar por si mesmo esta função. É o caso da união pessoal que poderia existir igualmente em relação aos órgãos subordinados. Por exemplo, duas comunas diversas, Estados situados à fronteira poderiam nomear a mesma pessoa como fator.

Se, em contrapartida, certa competência não incumbir a cada Estado, mas vários Estados juntos, eles podem exercer esta função apenas por um órgão internacional, ou seja, um órgão que não seja o órgão comum a estes Estados, mas o órgão da comunidade internacional que compõe-se desses Estados.

Um país rendido a dois Estados juntos não é, por conseguinte um território de cada um deles, é apenas um território sob a competência de uma comunidade internacional parcial.

Uma forma especial tal “condominium” encontra-se nos Mandatos da Sociedade Nações.

Este instituto é baseado no artigo 22 do Pacto que foi inspirado pelas ideias do general Smuts, primeiro ministro da União africana que elaborou para a conferência da paz em Paris, um projeto conhecido sob o nome de projeto dos mandatos. De acordo com estas ideias, o Presidente Wilson propôs estipulações que figuram no artigo 22 do Pacto.

Este artigo dispõe que a tutela das colônias e territórios que, na sequência da guerra, deixaram de estar sob a soberania dos Estados que o governavam previamente e que são habitados pelos povos ainda não capazes de dirigir-se por si mesmos, nas condições particularmente difíceis do mundo moderno, será confiada às nações desenvolvidas; exerceriam esta tutela em qualidade de Mandatário e em nome do Sociedade das Nações. Mas o artigo 119 do tratado de Versailles declara: “A Alemanha, renuncia em prol das Principais Potências aliadas e associadas à todos os direitos e títulos sobre as suas

possessões ultramarinas”. O artigo 119 parece, por conseguinte em cheia contradição com o artigo 22 do Pacto.

Ora, é claro que, de acordo com o artigo 119, a soberania sobre estes territórios foi transferida para as Potências Principais. Estas, contudo, eram obrigadas pelo artigo 22 do Pacto a transformar estes países em Mandatos da Sociedade das Nações. De fato, concluíram tratados com os Estados Mandatários confirmados pelo Conselho da Sociedade das Nações cujo preâmbulo dizia: “O Conselho da Sociedade das Nações, considerando que as Potências Principais aliadas decidiram que o Mandato sobre amplitudes territórios mencionados acima é conferido ao Governo (por exemplo da República francesa) que aceitou-o;

Considerando que o Governo da República francesa compromete-se a exercer o referido Mandato em nome da Sociedade das Nações;

Confirmando o referido Mandato, deliberou sobre os seus termos do seguinte modo: ...”

Por estes tratados dos Mandatos, as Potências Principais abandonaram a sua soberania em prol da Sociedade das Nações. Mas, a Sociedade não pode exercer esta competência por si mesma por um intermédio de um órgão qualquer. Porque a administração direta incumbe aos Mandatários no nome e sob a vigilância da Sociedade;

A característica dos Mandatos evidentemente não é a mesma. Diferem de acordo com o grau de desenvolvimento do povo, a situação geográfica do território, a sua condição econômica e todas as circunstâncias análogas. Ele distingue três tipos de Mandato: os Mandatos A, B e C. Mas, em todos os casos, os territórios colocados sob Mandato são completamente distintos do território do Estado Mandatário. Do mesmo modo, o estatuto dos habitantes indígenas de um território sob Mandato é distinto daquele dos cidadãos da Potência mandatária e não poderia ser assimilado à este estatuto por nenhuma medida de porte geral. Os habitantes indígenas de um território sob Mandato não adquirem tratamento nem a nacionalidade da Potência mandatária. A esta incumbe apenas uma competência claramente definida pelo artigo 22 do Pacto e pelos tratados dos Mandatos. Cada Mandatário deve igualmente enviar um relatório anual relativo aos territórios sobre os quais tem a carga e uma comissão permanente é encarregada receber e examinar estes relatórios e dar

ao Conselho o seu parecer sobre todas as perguntas relativas à execução dos Mandatos.

Assim, o Mandatário age apenas em nome e sob o controle da Sociedade das Nações. M. Redslob precisamente recordou um fenômeno análogo na história da Suíça. Porque os confederados suíços tinham o costume de fazer governar as terras que eles pertenciam em comum por governadores nomeados alternativamente por cada um dos copossuidores. E o Sr. Le Fur observa que as atribuições executivas federais frequentemente eram confiadas a um dos Estados confederados, quer sempre o mesmo, quer alternadamente a um dos Estados mais importantes. Do mesmo modo, os territórios sob Mandato são países de uma comunidade de Estados, a saber, da Sociedade das Nações, administrados, contudo por um Estado mandatário.

### § 13.

Não é, por conseguinte verdadeiro, como apoia a teoria tradicional, que as regras obrigatórias para os órgãos e sujeitos são criadas apenas por Estados. Os casos “de coimpério” e “de condomínio” mostram-nos pelo contrário que a competência de pôr as regras de direito interno pode incumbir igualmente à uma comunidade de Estados mais ou menos vasta.

Regularmente, é verdade, a comunidade internacional cria apenas as regras gerais do direito internacional e confia a execução destas regras aos Estados. Mas excepcionalmente uma comunidade de Estados põe igualmente as regras que se dirigem diretamente aos particulares de certo território.

É necessário, por conseguinte distinguir primeiro no domínio internacional as comunidades que se governam elas mesmas, nomeadamente os Estados, dos territórios que são governados por uma comunidade de Estados.

Mas existe ainda um terceiro tipo de comunidade. Governam-se elas mesmas, mas este governo está sob certo controle de uma comunidade de Estados. Assim a cidade de Dantzig é efetivamente uma cidade livre. Governa-se por si própria. Mas a sua constituição é elaborada por representantes da cidade livre regularmente designados, de acordo com o alto comissariado da Sociedade das Nações (Arte 103 do tratado de Versailles). A cidade livre de Dantzig, por conseguinte não é apenas restringida pelas regras gerais do direito

internacional, da mesma maneira que qualquer outro Estado, ela além disso é colocada sob a proteção e a garantia da Sociedade das Nações exercida em primeira instância por um órgão executivo da Sociedade, o Alto Comissariado.

Surge do que precede que existe duas esferas de execução das regras gerais do direito internacional. Regularmente, há apenas uma execução indireta, porque o direito internacional funciona normalmente apenas através dos Estados subordinados que são obrigados que façam pelos seus próprios órgãos os atos jurídicos necessários para concretizar as regras abstratas do direito internacional. Mas excepcionalmente, existe também uma execução direta do direito internacional por órgãos próprios de uma comunidade internacional.

Um grupo importante dos órgãos internacionais também é compreendido pelas comissões e tribunais de arbitragem, nomeadamente pelo Tribunal permanente de arbitragem e o Tribunal permanente de Justiça internacional, ambos em Haia. E a Sociedade das Nações própria é um grande organismo internacional cuja atividade exerce-se pela Assembleia e pelo Conselho, assistidos de um Secretariado permanente com várias comissões e organizações técnicas. A Sociedade das Nações evidentemente tem, na esfera legislativa, apenas o papel de uma conferência ou um congresso internacional, ou seja, pode apenas provocar a conclusão de acordos que, para se tornar obrigatórios, devem ainda ser ratificados pelos Estados contratantes. Contudo nas esferas executivas e judiciais, a Sociedade das Nações tem certa competência própria. Nomeadamente os seus dois órgãos principais, a Assembleia e o Conselho podem votar decisões que são imediatamente obrigatórias sem ter a necessidade a serem ratificadas pelos Estados respectivos. Por exemplo, de acordo com o artigo 1º, parágrafo 2º do Pacto, a admissão de novos membros é deliberada por dois terços da Assembleia. De acordo com o artigo 22, parágrafo 8º, do Pacto, o Conselho delibera sobre o grau de autoridade a se exercer pelo mandatário. O artigo 16, último parágrafo dispõe que a exclusão da Sociedade é pronunciada pelo Conselho. Decide igualmente em segunda instância os litígios entre a cidade livre de Dantzig e a Polônia; ele nomeia e destitui os membros da Comissão de governo da bacia do Sarre; decidirá sobre a soberania deste país, tendo em conta desejo expressado pelo voto da população. De acordo com o artigo 4º do tratado de Locarno, o Conselho



constata se uma violação ou contravenção aos artigos 42 e 43 do tratado de Versailles foram cometidas; se uma potência contratante recusar-se a conformar-se aos métodos de regulamento pacífico previstos pelo artigo 3º do mesmo tratado “o Conselho proporá as medidas a tomar; elevadas as partes contratantes conformar-se-ão à estas propostas”. Estas propostas têm, por conseguinte realmente o caráter de uma decisão. Uma convenção concluída em Lausanne, em 24 de julho de 1923, ao mesmo tempo que o tratado de paz com a Turquia relativo ao direito de passagem pelos Dardanelles, pelo mar de Marmara e pelo Bósforo constitui uma comissão internacional dos estreitos e compete à missão assegurar a observância das disposições relativas à passagem dos equipamentos de guerra e das aeronaves militares. Exerce a sua missão sob os auspícios, da Sociedade das Nações à qual deve dirigir, a cada ano, um relatório que informa do cumprimento da sua missão, fornecendo, além disso, todas as informações úteis ao ponto de vista de comércio e da navegação. Mas se uma violação das disposições da liberdade de passagem, um ataque ou qualquer ato ou ameaça de guerra viessem a pôr em perigo a liberdade de navegação dos estreitos ou a segurança das zonas limítrofes, as Elevadas Partes contratantes e, em todos os casos, a França, a Grã-Bretanha, a Itália e o Japão são obrigados a impedir estes atos conjuntamente por todos os meios que o Conselho da Sociedade das Nações autorizará para esse fim.

Esta grande parte dos atos internacionais administrativos e judiciais não é concebível com a doutrina dualista, que vê apenas as regras gerais do direito internacional por um lado e o direito estatal por outro lado. A concepção unitária em contrapartida abrange sem dificuldade todos os ramos do direito, reconhecendo que cada um deles é apenas uma etapa do ordenamento jurídico no movimento da criação das regras do direito cujo conjunto constitui o sistema universal.

## CAPÍTULO VI

### OS DOIS CONCEITOS DE SOBERANIA DO ESTADO

#### § 14.

O nosso caminho conduziu-nos, através de vários obstáculos, à concepção unitária do direito com base no direito internacional . Mas o triunfo final desta concepção não parece assegurado enquanto um dogma da teoria tradicional opõe-se, dogma que serviu de diretiva a toda a vida internacional durante o século passado.

Os Estados são, de acordo com uma doutrina muito difundida, pessoas soberanas que são apresentadas ao império do direito apenas na medida em que querem reconhecê-lo. A soberania do Estado evidentemente não é, de acordo com esta doutrina, o poder ilimitado, é apenas o capacita de determinar-se por si mesmo. Mas os limites jurídicos traçados pela vontade soberana, não são absolutos. O Estado pode livrar-se de qualquer obrigação jurídica que impôs a ele mesmo.

“O desenvolvimento histórico da soberania mostra - como professa o famoso cientista G. Jellinek- que implica a negação de qualquer subordinação ou limitação do Estado por outro poder. O poder soberano do Estado é, por conseguinte um poder que não conhece poder superior, acima ele; é, por conseguinte, ao mesmo tempo poder independente e supremo. O primeiro sinal característico revela-se, sobretudo fora, nas relações do Estado soberano com outras potências, o segundo dentro na comparação com as pessoas que lhe são submetidas. Mas estes dois sinais característicos são vinculados entre eles indissoluvelmente”. O sinal da soberania do Estado é, por conseguinte depender unicamente da sua própria vontade. “No direito internacional igualmente - declara o Sr. G. Jellinek - o Estado é subordinado juridicamente apenas a sua própria vontade.... ” Não é o Estado específico evidentemente que põe as regras do direito internacional. “Mas todas as tentativas feitas para trazer a força do direito internacional para uma fonte jurídica colocada acima os Estados encalharam e encalharão - de acordo com G. Jellinek - sempre. Para produzir o direito, a vontade da comunidade internacional deveria ser uma nova espécie de *civitas maxima*, ter uma vontade acima dos Estados - que

equivaleria à negação do processo histórico que conduziu ao reconhecimento da soberania”. Por conseguinte “onde a observância do direito internacional entra em conflito com a existência do Estado, a regra de direito internacional cede, porque o Estado é colocado acima de que qualquer regra jurídica... o direito internacional existe para os Estados, e não os Estados para o direito internacional”. A comunidade de Estados é, por conseguinte, de natureza meramente anárquica e o direito internacional... pode ser qualificado como direito anárquico...”.

Esta concepção da soberania remonta ao início do século XVI. É Machiavel que livra o seu Príncipe, que para ele encarna o Estado ele mesmo, de todas as prescrições do direito, da moral e da religião. A ideia única que o guia é o aumento da potência do seu Estado. As suas regras de conduta são apenas as que lhe são impostas “pela razão de Estado”. Um pensamento similar reencontra-se em Spinoza, como já desenvolvemos. Mas o Sr. Duguit observa com razão que “o Contrato social” de Rousseau com a sua “religião civil” anuncia também a divinização do Estado, proclamada mais tarde pela filosofia de Hegel. De acordo com “a tese” deste grande filósofo, os direitos recíprocos dos Estados não têm a sua realidade numa vontade geral constituída acima deles como poder, mas na sua vontade especial.

Esta tese foi - como sabemos - energicamente afastada pelo Sr. Triepel que via claramente que um dever jurídico de uma pessoa no que diz respeito a uma outra pessoa não pode nunca tirar a sua força obrigatória de um compromisso para com ele mesmo, mas apenas de uma fonte superior às vontades das partes contratantes. “Apenas a vontade comum de vários ou muitos Estados – diz ele- confundida numa unidade de vontade pela união das vontades dos Estados específicos, pode ser a fonte do direito internacional”. E se esta vontade comum de Estados superior à vontade dos Estados específicos estiver em contradição com a noção da soberania do Sr. Jellinek, “seria tempo - declara o Sr. Triepel francamente - urgente e radicalmente de rever esta noção mal famosa”.

A concepção da soberania absoluta do Estado penetrou na ciência do direito internacional como tal, apenas com a obra de Vattel. Vattel, com efeito, afirma que “pertence a qualquer Estado livre e soberano que julgue na sua consciência o que os seus deveres exigem dele”. É um pensamento de Vattel -

diz Van Vollenhoven no seu excelente livro “As três fases do direito do direito internacional” - que abandona a teoria do bellum justum desenvolvida pelos grandes fundadores da nossa ciência, especialmente pela doutrina escolástica e a de Grotius. De acordo com esta velha doutrina, a guerra é unicamente lícita como bellum justum, ou seja, no caso de um crime por parte do outro Estado. A guerra é, por conseguinte, apenas uma execução do direito internacional. A concepção da soberania em Vattel faz, em contrapartida, da guerra de execução um simples duelo. Porque cada Estado livre e soberano pode fazer a guerra quando quer. Mas se o Estado for soberano neste sentido, se tiver o direito de julgar ele mesmo na sua consciência o que os seus deveres exigem dele, segue-se logicamente que na prática as regras do direito internacional dependem da boa vontade do Estado em si.

Tal doutrina conduz, por conseguinte, necessariamente à teoria já contestada da primazia do direito nacional. Teoria que tem por corolários as duas propostas seguintes: não há ordem jurídica superior ao estado, nem mesmo o direito internacional. E, conseqüentemente, 2º não há comunidade jurídica que lhe seja coordenada que seja igualmente soberana.

Ora, se o direito internacional, no sentido puro da palavra, tiver como objetivo obrigar para o futuro os Estados coordenados da comunidade internacional, deve-se renunciar à existência do direito internacional ou o princípio da soberania absoluta do Estado. Porque estas duas noções estão entre elas inconciliáveis. A soberania absoluta do Estado tem, por conseguinte, como consequência lógica, a negação do direito internacional.

## § 15.

Contudo, ao lado de esta noção da soberania, há também outra completamente diferente. Foi fundada pelos teólogos fundadores da nossa ciência e desenvolvida pelos Bodin, Grotius e seus sucessores. Como expusemos no primeiro capítulo, de acordo com a doutrina medieval das duas espadas, a cristandade pura formava uma pirâmide feudal das autoridades cujos chefes eram o Papa e o Imperador. Ora, no domínio internacional, a proclamação da soberania do Estado faz apenas declarar que o Estado não é

mais submetido a um ente superior na pirâmide feudal. A soberania constitui, por conseguinte o caráter de qualquer poder não vassalo.

Esta noção da soberania encontra a sua raiz na doutrina medieval do direito de guerra. Porque a Igreja condena qualquer guerra empreendida por aquele que, tendo um superior, não é ele mesmo soberano. Assim, entre as condições necessárias para a justiça de uma guerra figuravam aquela que deveria ser declarada por um príncipe soberano. Já Santo Augustinho escreve que “a ordem natural mais favorável à paz dos homens exige que a decisão e o poder de declarar a guerra pertença aos príncipes”. E Santo Thomás de Aquino indica que o direito de fazer a guerra não pertence um particular “porque pode recorrer ao seu superior para obter justiça”. Mas, o que é necessário entender pelo termo “príncipe que não tem superior?” A aquilo Cajetan responde: “Quer dizer pessoa pública, mas pessoa pública perfeita”. E Vitoria exprime-se assim: “Toda a dificuldade é saber o que é um Estado e o que pode, propriamente falando, ser chamado príncipe. A qual pode-se responder, em poucas palavras, propriamente falando, chama-se Estado uma comunidade perfeita, mas permanece a questão de definir a comunidade perfeita. Para isso, é necessário observar que perfeita é a mesma coisa que completa. Chama-se, com efeito, imperfeito aquilo a que falta algo, e, pelo contrário, perfeito este a que não falta nada. É por conseguinte, perfeito o Estado (ou a comunidade) que está ele mesmo completo, ou seja que não é a parte de um outro Estado, que tem as suas leis, o seu conselho e os seus magistrados”.

O mesmo autor professa, no seu famoso livro “de Indis”, que nem o Papa, nem o Imperador não são os mestres temporais do mundo. E Suarez escreveu: “Muitos duques reivindicam para eles o poder supremo e, por outro lado, foi o erro diversos de canonistas afirmar que o Imperador era o único soberano. Realmente, aquilo resulta do modo de órgão jurisdicional própria à cada príncipe ou cada Estado. A marca do órgão jurisdicional supremo é que existe junto do príncipe ou do Estado um tribunal onde terminam-se todos os debates do principado e do qual não se pode haver um tribunal superior. A cada vez que pode-se recorrer a um outro tribunal, é a prova de que o principado é imperfeito, porque o recurso é um ato que demonstra a superioridade de um homem sobre outro....”

Tal Estado imperfeito “não pode legitimamente fazer a guerra sem a autoridade deste superior. A razão é que tal príncipe pode pedir justiça ao seu superior...” Esta doutrina fala, por conseguinte, da soberania de um Estado se não tiver nenhum superior temporal e se for o chefe supremo dos seus assuntos. Mas nunca se afirmou que a vontade destes Estados seja a fonte suprema do direito; sublinha pelo contrário que o Estado é subordinado ao direito natural assim como as regras criadas pelo costume internacional. A sua soberania não é uma soberania absoluta, é apenas uma competência dada aos Estados pelo direito natural e pelo direito internacional positivo. É do mesmo modo o direito de guerra. “Na medida em que ele consiste - escreveu Suarez - no poder que possui qualquer Estado ou qualquer potência soberana de punir, de vingar ou reparar uma injustiça que lhe foi infligida por outro Estado, ele decorre do direito internacional. Porque em virtude da única razão natural, não era indispensável que este poder existisse no Estado ofendido: os homens teriam podido estabelecer outro modo de vingança, por exemplo, entregar este poder à uma terceira potência, instituir o árbitro com poder coercitivo; mas o modo atual que foi adotado pelo o costume... é justo do ponto de vista que não se tem o direito de opor-se a ele”. O direito de guerra não é assim uma competência conferida aos Estados pelo direito internacional usual. Por conseguinte, este direito cessa existir se o direito internacional mudar nessa matéria.

Também Bodin não ensinou a soberania absoluta do Estado. Ele diz – na verdade - que os príncipes que não reconhecem poderes superiores são soberanos, mas acrescenta: qualquer contrato bem como os testamentos dos particulares não podem ser derogados pelas prescrições dos magistrados, de nem os éditos dos magistrados pelos costumes, nem os costumes pelas leis gerais de um príncipe soberano; também as leis dos príncipes soberanos não podem alterar, nem modificar as leis de Deus e de natureza”. Do mesmo modo, “o príncipe é vinculado aos contratos por ele feitos, quer com o seu súdito, quer com o estrangeiro”. O soberano de Bodin não é, por conseguinte, um soberano absoluto no domínio internacional, porque permanece vinculado pelo direito convencional, bem como pelo direito usual que, nessa época, era misturado com o direito natural.

Do mesmo modo, para Grotius e os seus sucessores até Vattel, a soberania do Estado não é outra coisa que uma competência dada aos Estados pelo direito da humanidade. Porque o seu ponto de partida, é o tipo humano. Os diversos Estados são apenas membros do universo. Por conseguinte, o direito universal que é o direito internacional é superior ao direito dos membros, ao direito nacional. Por exemplo, Zouche declara expressamente que os Estados devem a sua existência ao direito internacional.

A concepção universalista da superioridade do direito internacional encontra-se também na doutrina e na prática anglo-saxônica destes tempos; é o antigo sentido do provérbio conhecido “international law is a part of common law.” Porque o sentido original desta fórmula é que o direito internacional deve ser aplicado, mesmo se estiver em contradição com o direito nacional, porque o direito internacional forma a constituição mundial da qual dependem todos os Estados civilizados.

A soberania do Estado não é, por conseguinte mais o poder supremo, é apenas a expressão da competência conferida diretamente pelo direito internacional. Porque deve-se distinguir claramente as comunidades subordinadas diretamente ao direito internacional das que são encravadas num Estado. As primeiras dependem apenas do direito internacional, as outras, pelo contrário, não estão em relação direta com este direito, porque são subordinadas a certo Estado. Por conseguinte, a competência destas comunidades é baseada no direito estatal enquanto que a competência dos Estados encontra o seu fundamento apenas no próprio direito internacional. E esta competência que decorre diretamente do direito internacional é precisamente a soberania no sentido original da palavra'.

Assim compreendida, a extensão da soberania é essencialmente variável. Porque esta ideia não diz nada dos direitos que os Estados soberanos devem possuir, confirma apenas o fato que cada competência destas comunidades é-lhes conferida pelo direito internacional.

Pode-se bem, na verdade, analisar a extensão atual desta competência e declarar que os Estados soberanos têm em certa época tais e tais direitos; mas se a extensão da soberania depender do estado do direito internacional, ela varia com a evolução do direito internacional.

Esta ideia da soberania pode nunca opor-se ao direito internacional . Porque o Estado soberano não pode mais considerar-se como investido de uma poder superior à qualquer princípio jurídico, a sua soberania designa apenas o fato de que ele é subordinado a nenhum outro poder, apenas ao direito internacional.

Os Estados soberanos diferem das comunidades não soberanas apenas pelo fato que estas são subordinadas a Estados, enquanto os Estados soberanos não têm ninguém outro superior a não ser o próprio direito internacional.

Por esta razão, um Estado não pode nunca invocar a sua soberania para subtrair-se à uma obrigação internacional. Porque se a sua soberania for apenas uma competência baseada no direito internacional , é necessário que o Estado que afirma certa liberdade de ação prove que ela é atribuída pelo direito internacional ao qual é submetido. Quando, pelo contrário, - como professa com razão o Sr. Politis - “para legitimar uma atitude, invoca-se a soberania, inverte-se a carga da prova, porque ele pretende precisamente ter o direito de agir ao seu modo.... ”

A noção da soberania como competência baseada diretamente no direito internacional é também a da prática internacional. A diplomacia evidentemente apoia-se ainda às vezes sobre o velho dogma, mas os tratados internacionais assim como as sentenças arbitrais não duvidam que a soberania do Estado não exista fora do quadro do direito internacional .

Se, por exemplo, um tratado qualquer pelo qual um Estado cede a outro Estado uma parte do seu território diz-se que a soberania sobre este território é transferida, vê-se claramente que esta soberania não é outra coisa que a competência definitiva sobre o conjunto do território cedido, o direito de cessão do território à uma terceira potência incluído.

Por conseguinte, os termos “direito sobre um território” e “soberania” é empregado frequentemente alternativamente. Assim o artigo 15 do tratado de Viena de 1815 afirma: “Se o Sua Majestade o rei de Saxônia renuncia à perpetuidade..., em prol de Sua Santidade o rei de Prússia, à todos os direitos e títulos sobre as províncias, distritos e territórios ou partes de territórios do Reino de Saxônia designados a seguir, e o Sr. rei de Prússia possuirá estes países com toda soberania e propriedade”. Do mesmo modo, o artigo 34 do tratado de Versailles diz, por um lado: “A Alemanha renuncia em prol da Bélgica à todos os direitos e títulos sobre os territórios que compreendem o



conjunto dos círculos de Eupen e de Malmédy” e continua por outro lado: “Durante os seis meses que seguirão a entrada em vigor do presente tratado, os registros serão abertos pela autoridade belga à Eupen e Malmédy e os habitantes dos referidos territórios terão a faculdade de exprimir por escrito o seu desejo de ver a totalidade ou parte destes territórios mantido sob a soberania alemã”. E o artigo 37 do mesmo tratado fala “da transferência definitiva da soberania sobre os territórios atribuídos à Bélgica”.

Mas a palavra soberania não significa não somente a competência territorial definitiva do Estado, visa igualmente a sua competência exclusiva para com os sujeitos no seu território. Por exemplo, o último parágrafo do preâmbulo do tratado da Grécia com as Principais Potências, de 10 de agosto de 1920, a respeito da proteção das minorias afirma: “Considerando por último que a Grécia deve ser liberada também de outras obrigações que contratou no que diz respeito à certas potências e que constituem uma restrição da sua plena soberania interna”. Esta passagem serve-se por conseguinte do termo soberania interna no sentido de competência normal do Estado para com as pessoas sobre o seu território. Uma restrição da plena soberania interna não é por conseguinte outra coisa que uma restrição convencional da competência possuída pelo Estado com base no direito internacional comum.

O termo soberania tem um sentido análogo no artigo 2º do tratado de paz entre a Polônia e a Rússia, de 12 de outubro de 1920. Nele se lê: “As duas partes contratantes garantem-se reciprocamente o respeito da sua soberania nacional e a abstenção de qualquer intervenção nos negócios internos da outra parte....” Contudo, fala-se também de soberania para exprimir o direito do Estado de decidir ele mesmo uma questão. Assim, de acordo com o artigo 16 do Pacto da Sociedade das Nações, os Membros da Sociedade são obrigados a quebrar imediatamente todas as relações comerciais e financeiras com o Estado que recorre à guerra contrariamente às estipulações do Pacto, mas a decisão da questão se há ou não ruptura do pacto é deixada aos Estados específicos. O Sr. Motta, o representante da Suíça na segunda Assembleia, falou neste caso de um direito soberano. “Deve – diz ele - ser entendido que são os próprios que são os juízes soberanos desta obrigação....”

Vê-se, por conseguinte, que o termo soberania não tem sempre a mesma extensão.

Mas, em todos os casos analisados, não se trata nunca de um poder ilimitado acima do direito internacional, mas de direitos possuídos pelos Estados com base no direito internacional. Um conflito entre a soberania do Estado, assim compreendida, e o direito internacional é assim logicamente impossível, porque qualquer poder soberano deve ser provado como decorrente do próprio direito internacional.

Reencontra-se o mesmo ponto de vista no acórdão nº 1 do Tribunal permanente de Justiça internacional relativo ao negócio do vapor Wimbledon.

Lá, o Tribunal diz expressamente: “O Tribunal recusa-se a ver na conclusão de um tratado qualquer, pelo qual um Estado compromete-se a fazer ou a não fazer algo, um abandono da sua soberania. Sem dúvida, qualquer convenção que gera uma obrigação deste tipo traz uma restrição ao exercício dos direitos soberanos do Estado.... Mas a faculdade de contratar compromisso é precisamente um atributo da soberania do Estado”. E, no parecer consultivo relativo aos decretos de nacionalidade promulgados pela Tunísia e pelo Marrocos, o Tribunal declara que a extensão da soberania depende do estado do direito internacional atualmente em vigor. “A pergunta de saber – diz ele - se certa matéria retorna ou não retorna ao domínio exclusivo do Estado é uma pergunta essencialmente relativa: depende do desenvolvimento das relações internacionais”.

Numa outra passagem do mesmo parecer, o Tribunal declara: “Considerando que convém, em primeiro lugar, destacar que a pergunta de soberania de uma nação para legislar em matéria de nacionalidade sobre o seu domínio domina a situação... e que a aplicação deste princípio... pode ser contraditada ou suspendida apenas por uma regra formal do direito internacional aplicável aos fatos da causa ou por uma estipulação dos tratados ou convenções internacionais que existam entre as partes”. De onde resulta que ao parecer do Tribunal, mesmo a soberania legislativa do Estado sobre o seu território não é ilimitada, mas, uma competência nos limites traçados pelo direito internacional. Estamos, por conseguinte na presença de duas noções da soberania no domínio internacional. Uma é a da soberania ilimitada que supõe o pensamento do Estado onipotente, criador de qualquer direito. Está cheia contradição com o fato do direito internacional e a comunidade internacional. A outra, pelo contrário, é apenas uma criação do direito internacional ele mesmo. Porque é

apenas uma competência que o direito internacional confere aos Estados e que varia com o desenvolvimento do direito internacional.

Mas pode-se ainda chamar soberania de competência? Não seria necessário eliminar completamente este termo da linguagem jurídica? Este problema, embora fale sobretudo de terminologia, não é sem importância. Porque, por um lado, o termo soberania, é certo, desperta a falsa ideia onipotência do Estado e parece justificar todas as pretensões arbitrárias dos governantes. Mas, por outro lado, deve-se reconhecer que este termo distingue claramente a competência das comunidades que são subordinadas apenas ao direito internacional das que não estão em relação direta com este último, mas estão submetidas a certo Estado. Se for desembaraçado dos dogmas e reduzido à realidade internacional que demonstra por toda a parte a interdependência recíproca dos Estados, o termo soberania pode, ao meu parecer, ser mantido, é na condição de sublinha-se sempre a diferença fundamental entre a soberania absoluta por um lado e a soberania como competência internacional por outro lado. Porque a soberania absoluta é, com efeito, uma noção extrajurídica, porque considera o Estado em última análise como potência acima do direito; a soberania competência, em contrapartida, acentua precisamente que todas as competências do Estado, mesmo seu domínio reservado, decorrem do direito internacional e que, por conseguinte, toda a atividade do Estado deve conformar-se às regras do direito internacional.

O Sr. Kelsen assim como o Sr. Sukiennicki evidentemente recusam-se a aceitar tal noção de soberania relativa. Se a soberania – perguntam eles - não deve mais responder à ideia do superlativo, se ela, por conseguinte, não é mais uma noção absoluta, mas uma noção relativa por excelência, porque não se pode falar, por exemplo, da soberania das comunas? Se não se exige mais - dizem - que o Estado soberano seja supremo, mas apenas superior a todas as outras às organizações humanas, exceção feita para as que se encontram ao lado dele e sobre um pé de igualdade no mesmo sistema jurídico governado pelo direito internacional, poderia se nomear soberano do mesmo modo a comuna. Porque, ela também, está acima os indivíduos e das famílias e equivalem às outras comunas que se encontram no mesmo sistema estatal.

Esta objeção tem, sem dúvida, razão quando ela nega a existência de uma diferença essencial entre o Estado e as outras organizações jurídicas, se

entender-se por uma diferença essencial uma diferença extrajurídica. Porque, no domínio jurídico, pode existir apenas diferenças jurídicas, ou seja, diferenças que aumentam do conteúdo do direito. Ora a diferença jurídica entre o Estado e as organizações subordinadas ao Estado consiste precisamente no fato que o Estado é uma organização diretamente subordinada ao direito internacional, enquanto as organizações englobadas no Estado estão regularmente sem relação direta com este direito. Por conseguinte, a competência dos Estados decorre diretamente do direito internacional.

Mas como esta competência é muito mais ampla que as competências que derivam do direito estatal, é justificado reservar o termo soberania à competência dos Estados sobre a base direito internacional.

Contudo, se a competência dos Estados for limitada pelo direito internacional, a competência da comunidade internacional é juridicamente ilimitada; porque a competência da competência pertence-lhe. No entanto, esta competência não é também uma soberania absoluta, entendida como um poder arbitrário; porque a própria comunidade internacional é encarregada de uma missão social. Assim, a comunidade internacional como instância suprema na pirâmide das autoridades temporais é evidentemente juridicamente ilimitada, mas, no entanto, está submetida às regras da humanidade e da justiça.

