

Capítulo I

O DIREITO INTERNACIONAL

.....

§ 1.º

Formação e evolução

1. Direito Internacional e história

I – Tal como todas as realidades humanas, e principalmente as jurídicas, aquilo a que hoje chamamos *Direito Internacional*¹, *Direito Internacional Público* ou *Direito das Gentes* tem de ser compreendido a partir da história; e ele tem uma história que faz parte da história das sociedades políticas e do Direito².

¹ Termo lançado, pela primeira vez, por BENTHAM, em 1780, na sua *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*.

² Cfr., entre tantos, ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Génèse et Fondements Spirituels de l'Idée d'Une Communauté Universelle*, Lisboa, 1956, e *História do Direito Internacional Público*, Lisboa, 1996; ALFRED VERDROSS, *Völkerrecht*, 1959, *Derecho Internacional Publico*, 4.ª ed. castelhana, Madrid, 1963, págs. 33 e segs.; J. L. BRIERLY, *The Law of Nations*, 1963, *Direito Internacional*, trad., Lisboa, 1965, págs. 1 e segs.; PAUL GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, I, 2.ª ed., Genebra, 1967, págs. 3 e segs.; CLIVE PARRY, "The Function of Law in the International Community", in *Manual of Public International Law*, obra coletiva ed. por Max Sorensen, Londres, 1968, págs. 25 e segs.; ADRIANO MOREIRA, *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1983, págs. 8 e segs.; ARMANDO MARQUES GUEDES, *Direito Internacional Público*, policopiado, Lisboa, 1985, págs. 11 e segs.; CELSO DE ALBUQUERQUE

II – Em sentido latíssimo, a história do Direito Internacional interpenetra-se com a história do Estado³.

Quando e onde quer que haja Estado, e Estado que mantenha qualquer tipo de relações, mais ou menos duradouras, com outro ou outros Estados (ou entidades afins), tornam-se necessárias normas jurídicas para as estabelecer e fazer subsistir. Encontram-se também normas de outras categorias, com maiores ou menores importância e efetividade; nunca deixa de haver normas jurídicas.

Aos diversos tipos históricos de Estados correspondem, naturalmente, diversos tipos de Direito Internacional. E a cada época e a cada grande área geográfica separada das demais, com o seu sistema de Estados, corresponde um sistema próprio de Direito Internacional.

Mas a extensão do moderno Estado de tipo europeu a todo o mundo, ocorrida nas últimas décadas, levaria a que, pela primeira vez, existisse um sistema de Direito Internacional à escala do mundo – o sistema, como aquele, nascido e desenvolvido ao longo dos últimos quatro séculos e agora sujeito a mais ou menos largas mutações.

III – Considerando apenas o moderno Direito Internacional, cabe distinguir dois períodos na sua história: o que, mais longo, se desenrola até à Primeira Guerra Mundial; e o que, muito rico de vicissitudes, vem desde então.

MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, 8.^a ed., I, Rio de Janeiro, 1986, págs. 100 e segs.; ALBINO AZEVEDO SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, 4.^a ed., Coimbra, 1988, págs. 43 e segs.; PASQUALE DAONE, “The International Community and International Law”, in *University of Rome II – Department of Public Law, Yearbook*, 1989, II, págs. 299 e segs.; ANTONIO CASSESE, “L’Influenze delle Grandi Rivoluzioni Nazionali sui Principi della Comunità Internazionale”, in *Politica del Diritto*, 1989, págs. 189 e segs.; MALCOLM N. SHAW, *International Law*, 3.^a ed., Cambridge, 1991, págs. 12 e segs.; DOMINIQUE CARREAU, *Droit International Public*, 4.^a ed., Paris, 1994, págs. 10 e segs.; EDUARDO CORREIA BATISTA, *Direito Internacional Público*, I, Lisboa, 1998, págs. 37 e segs.; NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, 6.^a ed., Paris, 1999, págs. 41 e segs.; SILVA CUNHA e MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, 2000, págs. 127 e segs.; STEPHEN C. NETT, “A Short History on International Law”, in *International Law*, obra coletiva ed. por MALCOLM D. EVANS, Oxónia, 2003, págs. 31 e segs.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Coimbra, 2008, págs. 101 e segs.; JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional – Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3.^a ed., Coimbra, 2004, págs. 53 e segs.; WLADIMIR BRITO, *Direito Internacional Público*, Coimbra, 2008, págs. 33 e segs.; VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, 5.^a ed., São Paulo, 2010, págs. 51 e segs.

Para um conhecimento mais direto dos grandes marcos da história, v. a coletânea de JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, *Textos Históricos do Direito e das Relações Internacionais*, Porto, 1997.

³ Cfr. o nosso *Manual de Direito Constitucional*, I, 9.^a ed., Coimbra, 2011, págs. 49 e segs.

No primeiro período, dito de *Direito Internacional clássico*, dominam as relações entre os Estados e os Estados são (com a Santa Sé, aliás em união com os Estados Pontifícios) os únicos sujeitos de Direito Internacional. Além do costume, quase só há tratados de comércio, de navegação, de aliança e de paz.

Um segundo período, o do *Direito Internacional contemporâneo*, inicia-se em 1919, e nele os Estados – embora continuem a desempenhar um papel primordial – têm de concorrer com sujeitos de novo tipo, as organizações internacionais. O indivíduo adquire também, em certas condições, subjetividade internacional. Multiplicam-se os tratados multilaterais sobre as mais variadas matérias e as organizações internacionais criam também verdadeiras normas jurídicas vinculativas dos Estados e dos indivíduos.

IV – Assim como a diversos tipos de Estado correspondem diversos tipos de Direito Internacional, igualmente aos diversos períodos de desenvolvimento do Direito Internacional vão corresponder diferentes modelos de Estado, com implicações quer na ordem externa, quer na ordem interna.

O princípio da soberania vai sofrer, no período contemporâneo, progressivas restrições e limitações; tal como vão pôr-se em termos bem diferentes (conforme adiante se verá) as relações entre as leis do Estado e os tratados. E são cada vez em maior número as matérias, a nível interno, reguladas ou reguladas também por normas de origem internacional.

2. O Direito Internacional clássico

I – É nos séculos XV, XVI e XVII que se encontram as origens diretas do Direito Internacional moderno e é nos séculos XVIII e XIX que ele se desenvolve e ganha importância crescente.

Sucedem-se três fases ou subperíodos:

- a) A primeira, de primórdios, abrange os tempos anteriores à paz de Vestefália (1648);
- b) A segunda fase decorre até à Revolução Francesa e aos finais do século XVIII;
- c) A terceira fase começa nessa altura e termina na Primeira Guerra Mundial.

II – Entre os finais do século XV e 1648 (Vestefália) sucedem-se grandes eventos históricos: a quebra tanto do poder do imperador do Sacro-Império quanto

do poder do Papa; os Descobrimentos e a expansão marítima, primeiro dos Portugueses, depois dos outros povos europeus; o Renascimento; a Reforma, a Contra-Reforma e as subsequentes guerras político-religiosas.

Muito especialmente os Descobrimentos trazem problemas até então desconhecidos. São os que se reportam à delimitação da ação e das esferas do domínio das potências europeias em expansão (recorde-se Tordesilhas), os que se ligam à definição do modo de entender o encontro entre esses povos e os povos de outros continentes e os que contendem com o regime jurídico do mar e da liberdade de navegação (*mare clausum* ou *mare liberum*).

Sobre estes problemas se debruça a chamada escola espanhola do Direito Internacional (de que são mais ilustres representantes FRANCISCO DE VITÓRIA, DOMINGO DE SOTO e FRANCISCO SUAREZ)⁴ e também uma – menos conhecida, ainda que não pouco importante – escola portuguesa (que culmina com *O Justo Império Asiático dos Lusitanos* de SERAFIM DE FREITAS)⁵. Todavia, é HUGO GRÓCIO (*De Juri Belli ac Pacis*, de 1625) o jurista habitualmente considerado o primeiro grande cultor do Direito Internacional.

III – Os tratados de Vestefália reconhecem o princípio da soberania como princípio de independência dos Estados europeus entre si e de exclusão de qualquer poder que lhes seja superior (o que vem a par da doutrina absolutista na órbita interna).

Há um equilíbrio de facto, baseado na força militar; mas torna-se imprescindível defini-lo em cada momento por formas mais ou menos solenes e vinculativas. Ao mesmo tempo, vão-se multiplicando (até por causa da proximidade geográfica e de inelutáveis fatores económicos) relações políticas e relações comerciais, celebram-se tratados – quase sempre bilaterais – e vão surgindo normas consuetudi-

⁴ V., por todos, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *A Expressão de Poder em Luís de Camões*, Lisboa, 1989, págs. 229 e segs.

⁵ Cfr., sobre o pensamento jurídico português a respeito dos Descobrimentos e da navegação marítima, PAULO MERÊA, “Um Aspecto da Questão Hugo Grócio – Serafim de Freitas (Condição Jurídica dos Mares no Direito Romano)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, II, 1916, págs. 465 e segs.; VICENTE LUIS SINO SANTOJA, *Escuela Portuguesa de Derecho Internacional – Siglo XVII – Domingos Antunes Portugal*, Valência, 1973; MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, I, Lisboa, 1981, págs. 520 e segs.; MARTIM DE ALBUQUERQUE, “Os Descobrimentos e os Direitos do Homem”, in *Jornal de Letras*, 13/3/1990; JOSÉ M. PUREZA, “Sobre a Universalidade no Moderno Direito das Gentes”, in *Communio – Revista Internacional Católica*, 1991, págs. 559 e segs.; SILVA CUNHA e MARIA DE ASSUNÇÃO VALE PEREIRA, *op. cit.*, I, págs. 172 e segs.; PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Faces da Justiça*, Coimbra, 2002, págs. 57 e segs.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 4.^a ed., Coimbra, 2009, págs. 379 e segs.

nárias em áreas tão vitais como os poderes dos Estados sobre os limites (terrestre e marítimo) dos seus territórios, as representações diplomáticas e a própria guerra.

Por conseguinte, apesar de a visão oficial dominante se apresentar estatalista e voluntarista – não sem contraste com as referências ao direito natural por parte dos principais autores, de PUFFENDORF a WOLF e a Vattel – o Direito das gentes afirma-se com crescente alcance e vai-se projetando, quase insensivelmente, na vida dos Estados⁶.

IV – As grandes revoluções do século XVIII, a americana e a francesa, determinam sensíveis alterações. Elas marcam uma nova fase, que irá coincidir com o liberalismo burguês, com o nacionalismo romântico e com o apogeu do poderio ocidental.

Com a independência dos Estados Unidos, pela primeira vez um Estado geograficamente não europeu (embora o seja cultural e politicamente) entra para o campo dos Estados reconhecidos como sujeitos de Direito Internacional. No entanto, é a Revolução Francesa que introduz ou pretende introduzir mais significativas novidades, ao afirmar, na linha dos seus princípios, que a soberania reside no povo, e não nos monarcas; que o Direito Internacional não é o Direito das relações entre os soberanos, mas o Direito das relações entre os povos; que todos os povos – à semelhança dos indivíduos – são livres e iguais.

Coevo destes acontecimentos, embora bem diverso nas intenções, seria o despontar do cosmopolitismo, com máxima expressão na *paz perpétua* de KANT⁷,

⁶ Como escreve OTTO HINTZE (*Staatsverfassung und Heeresverfassung*, 1906, trad. italiana *Stato e Esercito*, Palermo, 1991, pág. 32), a contínua rivalidade entre as grandes potências, unida a guerras confessionais (esse estado de tensão permanente da situação política que obrigava continuamente a novos esforços militares para salvar e consolidar a autonomia dos diversos Estados e, por essa via, o bem-estar e a cultura), a política de potência e equilíbrio criou os alicerces do Estado moderno, o sistema de Estados fundado no Direito Internacional, assim como as Constituições absolutistas e os Exércitos estáveis do continente.

⁷ Na obra assim intitulada, KANT sustenta que a paz internacional requer a forma republicana de governo, uma vez que, em monarquia, há uma separação entre o detentor do poder e o povo: o senhor do poder faz a guerra, mas não sofre com ela (v. na edição de ARTUR MORÃO, Lisboa, 1988, págs. 126 e segs.). Cfr. já ERASMO, *Dulce Bellum Inexpertis*, 1500, *Querela Pacis*, 1517, trad. portuguesa *A Guerra e a Queixa da Paz*, Lisboa, 1999, pág. 105: “Mas causa vergonha recordar quão vergonhosos e quão fúteis são os motivos, pelos quais os príncipes provocam o mundo à guerra”.

Vale a pena ainda transcrever o seguinte passo de outra obra de KANT, *A Metafísica dos Costumes* (na trad. portuguesa de JOSÉ LAMEGO, Lisboa, 2005, págs. 227 e 228):

assim como no início do século XIX, com o “plano para uma paz universal” de BENTHAM e com “a reorganização da sociedade europeia” de SAINT-SIMON.

Mas o cosmopolitismo⁸ revelar-se-ia uma pura utopia, na Europa de Oitocentos, perante a força dos nacionalismos.

V – O Congresso de Viena⁹ assinala tanto o triunfo (que seria efêmero) dos reis como a consciência da necessidade de reforçar o equilíbrio, o *concerto europeu*, através de conferências diplomáticas¹⁰.

“Os elementos do Direito das gentes são os seguintes: 1. Que os Estados considerados nas suas relações exteriores se encontram por natureza num estado não jurídico (como os selvagens sem lei); 2. Que este estado é um estado de guerra (do direito do mais forte), mesmo que não seja guerra efetiva e permanente agressão efetiva (hostilidade); agressão essa que, mesmo por via dela nenhum sofra por parte do outro qualquer injustiça (enquanto ambos não queiram melhorar a situação), é em si mesma sumamente injusta, e os Estados que têm entre si relações de vizinhança estão obrigados a sair desse estado; 3. É necessária uma liga de nações, em conformidade com a ideia de um contrato social originário, de modo a que essas se obriguem (reciprocamente) a não imiscuir-se nos conflitos internos de cada um, mas sim a proteger-se de ataques do exterior; 4. Que a união não deve, de todo em todo, conter nenhum poder soberano (como numa Constituição civil), mas somente uma associação (confederação); aliança essa que pode ser denunciada em qualquer momento e que, portanto, tem de ser renovada de tempos a tempos – trata-se de um direito *in subsidium* de um outro originário, o de reciprocamente se impedirem de cair no estado de guerra efetiva (*foedus Amphictyonum*)”.

⁸ Cfr. SORAYA NOUR, *A Paz Perpétua de Kant – Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*, São Paulo, 2004. Segundo escreve (págs. 54 e segs.), o Direito até KANT tinha duas dimensões: o Direito estatal, isto é, o Direito interno de cada Estado, e o Direito das Gentes, isto é, o Direito das relações dos Estados entre si e dos indivíduos de um Estado com os de outro. KANT acrescenta uma terceira dimensão: o Direito cosmopolita, o Direito dos cidadãos do mundo, que considera cada indivíduo não como membro do seu Estado, mas como membro, ao lado de cada Estado, de uma sociedade cosmopolita.

Cfr., também, por exemplo, ACÍLIO ROCHA, *La Question de la Paix dans le Cosmopolitisme des Lumières*, separata da obra coletiva *La Philosophie de la Paix*, I, Paris, 2002; ou “A Europa Cosmopolita: ‘Unitas Complexa’”, in *Europa, Cidadania e Multiculturalismo*, obra coletiva, Braga, 2004, págs. 87 e segs.; e CECÍLIA GOETZ, “Cosmopolitan Law?”, in *The Yale Law Journal*, 2007, págs. 1024 e segs. Noutra ótica, OTÁVIO CANÇADO TRINDADE, “Kant na Haia: Abordagem Constitucional do Direito Internacional pela Corte Internacional de Justiça”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, janeiro-junho de 2008, págs. 353 e segs.

⁹ Das grandes potências: Grã-Bretanha, Áustria, Prússia, Rússia e França. E tendo como convidados, por cortesia, a Espanha, Portugal e a Sérvia.

¹⁰ Cfr. NIPPOLD, “Le Développement Historique du Droit International depuis le Congrès de Vienne”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1924, I, págs. 5 e segs.