

# Fontes do Direito Internacional

GERSON DE BRITTO MELLO BOSON

O PROBLEMA das fontes do Direito internacional tem dado lugar a importantes e vastas discussões, que o tornaram confuso e têm levado os autores a se absterem de arrolá-lo nos compêndios mais recentes sôbre o Direito das gentes. Limitam-se ao estudo das chamadas fontes *formais*, apegando-se ao que dispõe o art. 38 do Estatuto da C.I.J. Uma investigação acêrca do trato da questão nos mostra direções várias, inclusive por fôrça da confusão que se tem feito entre o problema das fontes com o dos fundamentos do Direito<sup>1</sup>. Há quem considere como fonte do Direito internacional o *Direito natural* ou *racional*, a *equidade*, a *justiça objetiva*, *Deus*; alguns reputam assim a *consciência jurídica universal*, a *convicção jurídica*, a *solidariedade*, o *fato social* ou a *própria sociedade*; outros, as *necessidades*, os *interesses*, a *vontade unilateral* ou o *acôrdo de vontades* dos Estados, enquanto que a grande maioria postula como fontes do Direito das gentes os *tratados*, os *costumes*<sup>2</sup> e os prin-

---

(1) A confusão deve ser repelida. O tema da fundamentação do Direito diz respeito à sua validade, isto é, à sua fôrça obrigatória, à razão por que o Direito se torna eficaz, no plano *objetivo* como no *subjetivo*. Ao passo que o tema das fontes se prende à formação e explicitação do Direito. — Não se deve também restringir o problema ao âmbito dos "meios formais" de que se vale uma ordem jurídica para elaborar suas normas, como pretende LÚCIO M. QUINTANA, *Preliminares de Derecho Internacional*, pág. 55. A problemática das fontes do Direito transcende êsses "meios formais", que são apenas um dos aspectos do *complexus* criador do Direito.

(2) REDSLOB observa, porém: "La coutume est donc le symptôme tangible qu'un acte contractuel s'est accompli. Elle n'est pas davantage. Elle n'est pas créatrice de normes; elle n'est pas source de droit, mais seulement un indice révélateur qui permet de remonter à la source". *Traité de Droit des Gens*, pág. 66.

cípios gerais do Direito<sup>3</sup>, havendo mesmo quem acrescente a *jurisprudência* internacional e nacional, certas *leis* internas, os *atos diplomáticos*, a *doutrina* e a *Ciência*.

Tais posições entram em choque e se excluem, de sorte que se torna impossível fazer aqui levantamento completo delas. Seguindo a orientação geral, podemos firmar o princípio de que as fontes do Direito internacional têm sido, tradicionalmente, classificadas em fontes *materiais*, também chamadas *reais*, *indiretas* ou *mediatas* e fontes *formais*, também ditas *imediatas* ou *diretas*<sup>4</sup>. As fontes *materiais* são todos os elementos metajurídicos acima arrolados, segundo as diversas variantes doutrinárias<sup>5</sup>, enquanto que as *formais* são as regras expressas em tratados, costumes e princípios gerais do Direito, ou — a fim de não excluir qualquer tese — são as normas a que se atribui validade jurídica internacional<sup>6</sup>.

Em síntese: as fontes *materiais* produzem as *formais*, que se confundem com as próprias regras jurídicas, em que as pessoas encontram regulados os seus direitos e obrigações. Daí dizer-se que só se pode considerar como fontes de Direito os elementos materiais capazes da produção da regra jurídica, de vez que esta já não é fonte, mas o próprio Direito objetivo, positivado nos tratados, costumes e princípios gerais do Direito. As chamadas fontes *formais* são tidas como modos de manifestação da regra jurídica.

---

(3) Autores há que consideram os princípios gerais do Direito como fonte estranha ao Direito internacional (ANZILOTTI), outros consideram tais princípios como integrantes dos costumes (CAVAGLIERI), ou apenas como elemento que serve para interpretar os tratados e costumes (SALVIOLI).

(4) "Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas, comme on le croit souvent, plusieurs sources du Droit, mais une seule: le fait social, lui-même ou la solidarité. Il ne faut pas, en effet, confondre la *source matérielle* du droit objective, avec ses captations par le droit positif que l'on appelle parfois *sources formelles*". G. SCELLE, *Précis...*, I, pág. 6.

(5) "Les promesses que les Etats se font de se comporter d'une façon déterminée dans des hypothèses de fait déterminées, ont leur cause première dans les besoins concrets et les intérêts de ces mêmes Etats, ou dans des exigences idéales de justice qui sont, à un moment donné, diffuses dans la conscience sociale. Tous ces éléments fournissent la matière des dispositions juridiques concrètes, en sont la source éloignée et indirecte, la source *dans le sens matérielle*". ANZILOTTI. *Cours...*, pág. 67.

(6) "La source directe, ou source *dans le sens formel*, des normes juridiques est constituée par les manifestations de volonté aux-

## OS MODOS DE MANIFESTAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

O ordenamento jurídico internacional vem constituído por um conjunto de normas de que são veículos os diplomas denominados *tratados* e as instâncias normativas chamadas *costumes* e *princípios gerais do Direito*<sup>7</sup>. Estabelecidas, assim, as fontes *formais*, indicadas como modos de manifestação da regra jurídica internacional, passamos a estudar cada uma delas, enquanto tais.

### TRATADOS

O acôrdo internacional escrito é hoje importante repostório de normas jurídicas, em virtude do desenvolvimento da codificação do Direito das gentes, a partir das Convenções de Haia (1899-1907). Todavia, nem todos os tratados podem ser considerados fontes do Direito internacional. Por isso fazem os autores distinção entre o que denominam *tratado-contrato* e o que intitulam *tratado-normativo* ou *tratado-lei*<sup>9</sup>.

---

quelles la norme fondamentale de l'ordre juridique attribue la valeur de règles obligatoires pour la conduite des membres de la communauté". Idem, pág. 67. — Assim, porque não se deve confundir a *fonte* com os documentos que servem para firmar e estabelecer a existência do Direito. Os documentos só dão o meio de provar a regra. Observa, porém, A. M. de LA MUELA: "Fuentes, en sentido formal, de las normas juridicointernacionales son aquellos hechos a los que el ordenamiento internacional atribuye el efecto de crear, modificar o extinguir reglas que queden integradas dentro de él". *Introducción...*, pág. 75. — A indicação do Professor de Valência (Espanha) é falha porque nela se atribui a *atos* o papel de fontes *formais* do Direito. No caso, tratar-se-á de fontes *materiais*. Todavia, é valiosa e exata a sua definição de fonte no sentido material: "En sentido material, se usa también la calificación de fuentes para designar a todos aquellos factores que operan históricamente en los hechos de producción jurídica". Idem, idem.

(7) Isto quanto às regras *gerais*, válidas para uma pluralidade de situações de vez que as decisões judiciárias e arbitrais internacionais ou as resoluções de órgãos do mesmo âmbito, podem constituir manifestações de *normas individualizadas*, válidas tão só para uma determinada situação. (Cfr. P. GUGGENHEIM, *Traité...*, I, pág. 45. — A lei interna, porém, não constitui manifestação de regra jurídica internacional, ainda quando haja concordância na legislação de vários Estados e verse sobre assunto relacionado com o Direito das gentes. Tampouco se poderia atribuir caráter internacional — como pretendiam FIORE e CALVO — às disposições legais que asseguram a execução, em cada Estado, dos compromissos internacionais contraídos. (Cfr. LÚCIO M. QUINTANA, *Preliminares...*, pág. 56).

(9) Os alemães indicam com palavras distintas as duas espécies de convênios: *Vertrag* (contrato) e *Vereinbarung* (união impositiva de vontades, tratado-lei).

A distinção tem certa importância, principalmente de ordem didática, porque o *tratado-contrato* realiza apenas o acôrdo de dois ou mais Estados que visam fins diferentes; ajustam interesses estatais particulares, criando situações jurídicas subjetivas, enquanto que os *tratados-normativos*<sup>10</sup> unem vontades de conteúdo idêntico (vontades que querem a mesma coisa), estabelecendo situações jurídicas gerais, impessoais.

Só êstes últimos são considerados fontes do Direito internacional<sup>11</sup>.

Decerto que os *tratados-contratos* fazem lei entre as partes, são fontes de direitos e obrigações entre elas. Mas não constituem manifestação de normas gerais, de vez que não têm idêntico objetivo. Nêles se opera a conciliação de interesses opostos, pois uma coisa é a prestação, outra a contraprestação. Assim, v.g., os tratados que regulam a situação política ou territorial entre Estados, os que instituem servidão internacional, os pactos militares, etc., são *tratados-contratos*. O objeto dêles limita o número das partes, em virtude dos interesses especiais de que tratam, ao passo que nos *tratados-normativos*, v.g., as Convenções de Haia sôbre o *Jus in bello*, a Declaração naval de Londres (1909), não há limitação possível, porque a instituição de suas regras não visa a satisfação de nenhum interesse particular enquanto tal<sup>12</sup>. A norma manifestada no *tratado-contrato* é individual e vale tão só para uma situação determinada, de caráter transitório. A regra manifestada no *tratado-normativo* é geral e vale para uma pluralidade de situações, além de carregar

---

(10) M. SIBERT condena a distinção em aprêço, indicando vários argumentos contrários à mesma e ao emprêgo da expressão *tratado-lei*. V. *Traité...*, vol. II, § 858-9, págs. 188-9.

(11) "Os tratados a que se dá a denominação de tratados-leis, ou tratados normativos, são celebrados entre vários Estados, ou, como disse FAUCHILLE, "entre Estados cujo número não esteja limitado pelo objeto do tratado". Têm sido comparados a leis, porque formulam regras ou princípios de ordem geral, destinados a reger certas relações internacionais; estabelecem normas gerais de ação; confirmam ou modificam costumes adotados entre as nações. Em geral, resultam de congressos ou conferências e contribuem para a formação do direito internacional". V. ACCIOLY, *Tratado...*, I, pág. 41.

(12) "Incluso las convenciones o tratados-leys que establecen normas juridico-internacionales de validez general, sólo obligan en principio a los Estados que las suscribieron o que más tarde se hubieren adherido a ellas. Pero si tales convenciones contienen reglas razonables y adecuadas, pueden convertirse para terceros Estados, aun sin su adhesión a las mismas, en pauta de su comportamiento". VERDROSS, *Derecho...*, pág. 128.

o signo da permanência e inderrogabilidade. Pretende ser impositiva para todos os Estados da comunidade internacional, independentemente de sua aprovação ou ratificação, da parte destes <sup>13</sup>.

Nada impede, porém, que um mesmo tratado possa conter disposições de caráter contratual e outras de caráter normativo, ficando de pé estas, após satisfeitas ou reconhecida a impossibilidade de satisfazer as primeiras. As normas gerais não têm sua existência condicionada pela da convenção, que pode ser modificada sem que as ditas normas sejam atingidas, por serem fonte *formal* do Direito internacional.

### O COSTUME

Produto direto do meio social, fonte jurídica originária, é vasto o domínio do costume em Direito das gentes. Enquanto que a criação de normas através de tratados representa ato consciente, propositado, que se realiza pela intervenção de órgão instituído, com essa finalidade, pela ordem internacional, a criação das regras costumeiras se caracteriza pelo fato de serem os próprios destinatários que comprovam a sua existência, sem que tenham tido o propósito de criá-las, através das diferentes fases legislativas formadoras.

Esta concepção, que é também a adotada por P. GUGGENHEIM, se choca contra a doutrina que considera o costume como a expressão de uma regra já existente <sup>14</sup> e contra a tese voluntarista (TRIEPEL, ANZILOTTI, REDSLOB, PERACCI e outros) que o concebe como um acôrdo tácito entre Estados que o seguem. Na verdade, quando se constitui uma norma consuetudinária internacional, os Estados não celebram pacto algum, expresso ou tácito; limitam-se a aplicar, pura e simplesmente, um preceito jurídico a uma situação dada <sup>15</sup>.

(13) Cfr. CAVARÈ, *Le Droit...*, I, págs. 173-4).

(14) "Cette conception s'oppose à la doctrine traditionnelle selon laquelle la coutume n'est que la "constatation", la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, c'est-à-dire selon laquelle la coutume ne serait que l'expression d'une règle de droit déjà existante. C'est à l'école historique que l'on doit ce renvoi de la coutume à un droit préexistant conçu comme étant conforme a "l'esprit populaire" (Volksgeist). Selon cette théorie, il existerait donc au delà du droit positif un ordre juridique supérieur, transcendant, inatteignable à l'expérience juridique positive, et qui, par son introduction dans le droit positif, deviendrait une réalité pratique. Toutefois, le contenu de cet ordre juridique transcendant ne pouvant être constaté que par le droit positif, le dedoublement du droit international coutumier en une "idée" et une "pratique" du droit positif paraît superflu". P. GUGGENHEIM, *op. cit.*, I, pág. 46.

(15) Cfr. VERDROSS, *op. cit.*, pág. 124.

Os novos Estados estão efetivamente vinculados por costumes anteriores ao seu surgimento e não se reclama, em etapa alguma da formação do costume, na prática dos Estados como na jurisprudência dos tribunais internacionais, êsse suposto assentimento estatal<sup>16</sup>. O próprio Estatuto da CIJ (art. 38), enquanto exige que as normas contratuais sejam *reconhecidas expressamente* pelas partes (letra *a*), limita-se, quanto às regras costumeiras, a exigir uma prática geral aceita como sendo o Direito (letra *b*)<sup>17</sup>.

O costume não esgota todo o conceito de *Direito não escrito*, porque dêste são parte também certas regras tidas, no âmbito internacional, como princípios gerais de Direito e outras ditas *necessárias* a todo e qualquer sociedade, consideradas estas últimas por SPERDUTI como pre-jurídicas, porque se colocam como premissas das demais normas do ordenamento internacional<sup>18</sup>. Embora não aceitemos a qualificação proposta pelo Professor Italiano, porque tais regras básicas, comuns a qualquer ordenamento de Direito nacional e internacional, são tão jurídicas quanto as que o sejam, observamos que transcendem os domínios do que ordinariamente se reconhecem como pertencentes ao costume e aos princípios gerais do Direito.

---

(16) "Na verdade, os próprios fatos da vida internacional mostram a impossibilidade de se sustentar que o costume depende do consentimento dos Estados. Se prevalecesse semelhante tese, todo Estado que faça sua entrada na comunidade internacional, estaria desobrigado de todo direito internacional costumeiro anterior. Aliás, como bem o disse KELSEN, para a adoção do pretendido *consentimento tácito*, "seria necessário provar que todos os Estados da comunidade internacional consentiram em tôdas as normas do direito internacional geral por seu efetivo comportamento, pela participação no estabelecimento do costume que patenteia o direito". ACCIOLY, *Tratado...*, I, págs. 38-9.

(17) Expressões aliás pouco felizes, porque o costume não é *prova* de uma prática aceita como sendo o Direito — conforme observa LA MUELA (*op cit.*, pág. 68) — tampouco — e agora também contra a opinião de LA MUELA — não é a *prática* qualificada pela *opinio juris*. O costume é a *regra obedecida pela prática* internacional constante.

(18) V. *La Fonte Suprema dell'Ordinamento Internazionale*, Milão, 1946. Faz o autor distinção entre duas classes de costumes: *jurídicos* e *pre-jurídicos*. Os costumes *jurídicos* se produzem pelo uso reiterado e reconhecimento da parte dos Estados; os *pre-jurídicos* se criam de maneira espontânea, ajustando-se a sociedade internacional a tais costumes, princípios ou normas de conteúdo amplo, que se colocam como necessárias às demais regras de ordem internacional.

A — *Elementos constitutivos do Costume*. Para a maioria, apegada à tradição romana, o costume vem constituído por dois elementos distintos: um elemento *material* (*consuetudo*), que consiste na repetição prolongada e constante dos mesmos atos exteriores<sup>19</sup>, e um elemento *espiritual*, também dito *psicológico*, que consiste na crença de que a regra seguida pela prática ou repetição dos mesmos atos exteriores é obrigatória (*opinio juris sive necessitatis*)<sup>20</sup>. Por essa doutrina tradicional, a presença apenas do primeiro elemento (*consuetudo*) não basta para a existência da norma costumeira. É necessário que acompanhe a repetição dos mesmos atos exteriores a *intenção*, o sentimento ou a consciência, da parte de quem os executa, de que cumpre obrigação jurídica ou exerce um direito.

A parte a observação de que tais elementos não podem ser considerados, em aspecto algum, como Direito consuetudinário, porque têm o sentido de *fonte* do Direito objetivo (*norma agendi*), tem razão a Teoria Pura do Direito quando objeta que o elemento *psicológico* (*opinio juris*) não pode ser considerado ao se tratar da elaboração de uma regra costumeira. É que a *opinio juris* já supõe a existência de regra jurídica autônoma, independente da regra que confere aos atos exteriores a qualidade de norma jurídica. Não há nenhum critério que permita determinar quais os atos psíquicos que conferem aos atos exteriores o caráter de costume.

Assim, a existência de um costume deve ser considerada provada desde que os atos que se repetem se tornam a expressão de uma conduta que os órgãos competentes qualificam de costumeira. Tais órgãos sempre gozaram de certa liberdade no considerar suficiente ou insuficiente para a constituição de uma regra consuetudinária a repetição prolongada e constante dos mesmos atos. Não se trata de arbítrio porque a conduta, na formação do costume, será aquela cons-

(19) A *consuetudo* distinguirá a regra de Direito costumeiro em face dos princípios gerais do Direito.

(20) A *opinio juris* distinguirá o *costume* em face dos meros usos e das regras de cortezia. (Cfr. ROUSSEAU, *Droit...*, pág. 63). Enquanto o costume só existe — diz ACCIOLY — quando se desenvolve o hábito claro e contínuo de certos atos, com a convicção de que os mesmos, de acôrdo com o direito internacional, são obrigatórios, — o uso pode existir com a repetição de atos, mas sem tal convicção". *Tratado...*, pág. 39. — Contudo, LAFAYETTE usa as expressões *uso* e *costume* como sinônimos. *Princípios...*, I, pág. 7, § 5º.

tante e efetiva, cuja discrepância poderá ser susceptível de uma sanção. Mas é inegável o exercício da liberdade assinalada <sup>21</sup>.

Na formação do costume, não importa que o elemento material venha constituído por atos positivos ou por abstenções. Não é razoável negá-lo, como fez STRUPP <sup>22</sup>. As omissões reiteradas constituem prática negativa que, se relativamente a uma mesmo objeto, poderá levar à formação da regra costumeira <sup>23</sup>.

B — *Os precedentes*. A tradição positivista, que concebe o costume como um tratado *tácito*, sustenta a necessidade de que os precedentes sejam imputáveis ao Estado e digam respeito, direta ou indiretamente, a suas relações internacionais. Destarte, o costume se limita aos atos dos órgãos estatais, com competências internacionais (Chefe de Estado, Ministro das Relações Exteriores, agentes diplomáticos), com exclusão dos precedentes jurisprudenciais e particulares. Mesmo a atitude de outros órgãos internos do Estado, jurisdicionais ou legislativos, só indiretamente poderia influir na formação do costume, pela reação que venha a suscitar da parte dos órgãos das relações exteriores de outros Estados.

Amenizando, porém, esta tese, outros positivistas há que sustentam a contribuição tanto da ordem internacional como da interna para a criação das normas consuetudinárias <sup>24</sup>. Assim, v.g., as ordenações, os editos, as leis e regulamentos internos, nem por êste fato deixam de ser forças formadoras. O Direito na guerra marítima foi melhor determinado por certos documentos de Direito interno, entre os quais se destacam as Ordenações de Luiz XIV, de 1681.

---

(21) Cfr. P. GUGGENHEIM, *op. cit.*, I, pág. 47 e L'HULLIER, *Éléments* . . . , pág. 169.

(22) V. *Règles Générales du Droit de la Paix*, Recueil Des Cours, Haia, 1934, I, pág. 307.

(23) Observa, porém, L'HULLIER, (*op. cit.*, pág. 219) que o valor de uma simples abstenção poderá ser, na prática, mais difícil de apreciar que o de uma ação positiva, em virtude de nem sempre ser possível discernir se a abstenção foi determinada pela *opinio juris* que supõe a formação do costume. — Todavia, as mesmas dificuldades a que alude o Professor de Poitiers podem surgir a propósito dos atos positivos. — Observa o mesmo autor que um só precedente poderá estabelecer um costume *particular*, isto é, limitado às relações de dois Estados, se as circunstâncias em que se produziu impliquem, de maneira inequívoca, uma *opinio juris* comum aos dois Estados. Mas a repetição dos precedentes é, ao contrário, necessária à formação dos costumes gerais. *Op. cit.*, pág. 220.

(24) V. CAVARÉ, *op. cit.*, I, pág. 174.

Tais diplomas normativos internos podem, por imitação, se generalizar em costumes. Bem assim as decisões judiciárias estatais podem constituir precedentes. As sentenças dos Tribunais nacionais de prêsa, v.g., contribuíram também para a formação do Direito internacional marítimo, na guerra como na paz.

Quanto à ordem internacional, encontramos os *tratados-contrato* que, se não são *fonte* de Direito internacional, podem desempenhar todavia papel decisivo na formação do costume. Ainda aqui o Direito internacional na guerra marítima fornece vários exemplos: a abolição do corso pela Declaração de Paris de 1856 tornou-se possível em virtude de numerosos tratados bilaterais, em que se interditava o corsário, enquanto que os direitos e deveres dos neutros se determinaram, em grande parte, graças a *tratados-contrato*. Por sua vez as sentenças arbitrais não registram menor contribuição. Nos assuntos relativos ao reconhecimento de Estado e de Governo, à interpretação de tratados, às indicações segundo as quais os Estados podem se apoderar de território considerado *res nullius* e ao exercício de numerosas competências estatais, têm sido de extraordinária importância.

Acresce que, reagindo contra a tese que exclui os precedentes de particulares, SCELLE apresenta uma interpretação extensiva do problema, na qual se afirma que as normas costumeiras podem também ter origem em atos de indivíduos, postos em defesa de seus interesses, de natureza internacional.

Na verdade, o problema carrega em si tôdas as dificuldades concernentes à questão geral das fontes do Direito. Não se pode resolvê-lo simploriamente, através de uma fixação *a priori* de determinada posição doutrinária. O que se pode afirmar, — sem fuga à controvérsia, — é que os atos geradores do costume internacional não se restringem aos emanados dos órgãos jurídicos que gozam de competência na ordem internacional<sup>25</sup>, sejam estatais ou interestatais (Tribunais internacionais, Organizações ou União internacionais, ONU). Sua amplitude cobre todos os atos que, por quaisquer fatos ou circunstâncias, possam influir na órbita do *Jus gentium*. Desde que essa influência possa determinar a formação da norma, em virtude da imitação ou generalização da atitude originária, a esta não se pode negar a qualidade de precedente compatível entre os que contribuem para a formação do costume, seja atitude de órgão interno ou internacional.

---

(25) O contrário afirma ROUSSEAU, *op. cit.*, pág. 66.

C — *A prova do costume.* Não tendo o mesmo caráter de certeza que o Direito convencional, a existência do costume pode ser contestada pelo Estado contra o qual a regra é invocada. Daí a necessidade de estabelecer a sua prova. Esta decorrerá da verificação de um número razoável de precedentes inequívocos, manifestados pelo Estado a que são atribuídos, dispensada essa manifestação pessoal quando se trate de costume geral, que vale mesmo contra os Estados que não tenham concorrido, por ações ou abstenções, para a formação da regra. Neste sentido dispõe o Estatuto da CIJ, (art. 38), para o qual basta que se trate de uma prática geral, aceita como sendo o Direito. Não são exigidas a participação e a unanimidade dos Estados.

Todos os meios processuais comuns, atos anteriores, inquéritos, escritos, podem constituir prova suficiente do costume. Devem, porém, ser examinados com justo critério. As instruções governamentais a seus agentes, e funcionários, as mensagens de conteúdo diplomático enviadas aos Congressos nacionais e conhecidas geralmente pela côr das respectivas capas de encadernação (Livro verde italiano, Livro amarelo francês, Livro azul inglês, Livro branco alemão), bem como as declarações de representantes dos Estados nas Conferências internacionais, reivindicam apreciação criteriosa, porque delas nem sempre se poderá deduzir a criação de uma norma consuetudinária.

D — *Campo de aplicação do costume.* Deixando a questão da obrigatoriedade do costume às teses da fundamentação do Direito, bem como as relativas ao Costume em face do Tratado, resta-nos observar, especialmente, a validade espacial das regras consuetudinárias. Estas atingem, não raramente, um grau de generalidade jamais desfrutada pelas normas contratuais. Por isso dividem-se os costumes em *universais* e *regionais* ou *particulares*, obedecendo-se ao critério de maior ou menor âmbito de validade espacial da regra. Se a norma costumeira é válida para a totalidade territorial da comunidade das nações, diz-se costume *geral* ou *universal* e faz parte do Direito internacional comum, que se impõe a todos os Estados, mesmo àqueles que não concorreram para a sua criação, como é o caso dos Estados encravados que, posteriormente, venham a obter acesso ao mar, em relação ao Direito internacional marítimo, ou a hipótese de um novo Estado, a que se impõem as regras internacionais comuns, a partir do seu aparecimento, dentro dos critérios que presidem o fenômeno.

Todavia, o Direito das gentes consuetudinário poderá igualmente se desenvolver num quadro *regional*, que tanto poderá cobrir um continente com uma expressão cultural de nações historicamente ligadas, ou ainda a particularidade, dentro de um continente, de dois ou mais Estados, geograficamente vinculados. Assim, temos regras costumeiras regionais *continentais*, *culturais* e *particulares stricto sensu*, de conformidade com o problema da validade espacial do Direito internacional.

### OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

As relações jurídicas interestatais são regidas, não so pelos tratados e os costumes, mas também por um terceiro conjunto de normas, denominadas "princípios gerais do Direito". Trata-se de uma fonte autônoma do Direito internacional, em que pese a opinião contrária da Escola italiana, representada por ANZILOTTI, que considera tais princípios gerais como mera aplicação da analogia, SALVIOLI, que os considera como elementos interpretativos de tratados e costumes<sup>26</sup>, e CAVAGLIERI, que os estima como conteúdo de regras consuetudinárias. Neste sentido, o Estatuto da CIJ. (art. 38) é claro, destacando-os expressamente em face do costume, da equidade e da justiça, vendo-os como normas gerais do Direito positivo<sup>27</sup>. A aplicação exclusiva do Direito convencional e do costumeiro às relações interestatais poderia levar ao momento de não ser possível a solução de uma controvérsia, em virtude da não existência de norma capaz de resolvê-la. O poder discricionário do Estado, por isto mesmo, cresceria de amplitude imprevisível. De sorte que não

---

(26) É inegável o valor desses princípios na interpretação de normas convencionais e costumeiras. Mas não é só este o aspecto em que devem ser apreciados, mas em todos os que concorram para a sua exata fixação, e esta se acha no campo da autonomia.

(27) Sem embargo da controvérsia sobre o conteúdo da expressão *Direito natural* autores há que, sustentam a natureza dos princípios gerais do Direito como sendo de *princípios de Direito natural*. Assim LE FUR (*Règles Générales...*, pág. 205), SPIROPOULOS (*Théorie Générale...*, pág. 106), LA MUELA (*op. cit.*, pág. 90), ACCIOLY (*Traçado...*, I, pág. 33), dentre outros. Como fazemos distinção entre tais princípios e o que chamamos "regras inerentes, essenciais", a toda e qualquer sociedade, sem as quais esta não poderia existir, e que são o Direito natural por força da própria natureza apontada, sustentamos o caráter positivo dos princípios gerais do Direito, desde que se entenda a expressão "positivo" no sentido estrito atribuído também aos tratados e aos costumes. Também não assiste razão aos que, como DE CASTRO BRAVO, referido por LA MUELA (*op. cit.*, pág. 89), pretendem ver nesses princípios gerais regras de Lógica jurídica ou postulados políticos.

só a razão jurídica, como também a de ordem política, justificam a indicação dos princípios gerais do Direito entre as fontes autônomas e positivas do Direito internacional.

A *autonomia*, enquanto fonte e a *positividade*, enquanto natureza, são, pois, características dos princípios gerais do Direito na ordem jurídica internacional, os quais, ao contrário do que sustenta CAVARÉ<sup>28</sup>, não compreendem apenas os princípios comuns à ordem jurídica interna dos Estados, mas também os princípios gerais do Direito das gentes. As nações civilizadas podem reconhecer de duas maneiras diversas os princípios gerais do Direito: como parte integrante do seu ordenamento jurídico, ou ajustando-se a tais princípios gerais nas suas relações internacionais<sup>29</sup>.

Dentre os princípios gerais do Direito internacional, especificamente aplicáveis às relações interestatais, distintos das regras convencionais e costumeiras, e consagrados por decisões internacionais diversas, podemos citar o princípio da identidade ou continuidade do Estado, o princípio de que limitações à independência do Estado não se presumem, o princípio da primazia do Direito internacional sobre o Direito interno, o princípio do esgotamento das vias internas de recurso antes do ingresso perante uma jurisdição internacional. E como princípios gerais, originariamente da ordem interna, de que fazem aplicação os Tribunais internacionais, incorporados que estão ao *Jus gentium* positivo, citam-se, dentre outros, o princípio do abuso de direito, o respeito aos direitos adquiridos, o princípio da prescrição liberatória e dos interesses moratórios, o respeito à coisa julgada, a exceção de litispendência<sup>30</sup>.

---

(28) Cfr. *op. cit.*, vol. I, pág. 194.

(29) Cfr. LA MUELA, *op. cit.*, pág. 89.

(30) VERDROSS apresenta uma teoria sobre a classificação dos princípios gerais do Direito, segundo a qual estes se dividem, de acordo com sua fonte direta, em três categorias distintas: a) a dos princípios tirados diretamente da idéia de Direito (v.g., o princípio de que toda regra de Direito deve apresentar um conteúdo razoável); b) a dos princípios fornecidos implicitamente por uma instituição jurídica determinada (v.g. o princípio de que toda convenção pressupõe consentimento livre sobre um objeto lícito) e c) a dos princípios afirmados pelo Direito positivo das nações civilizadas (V. *Les Principes...*, Recueil des Cours, Haia, 52, 1935, — II, pág. 204). — Preferimos a classificação oferecida acima de “princípios gerais do Direito internacional” e “princípios gerais comuns à ordem interna e à ordem internacional”, dentro de cuja classificação podem ser destacados os princípios que pertençam ao Direito material (v.g. o princípio do respeito aos direitos adquiridos) em face dos que pertençam ao Direito processual (v.g. a exceção de litispendência). Assim por ser fácil ve-

Não podem ser arrolados como princípios gerais do Direito aplicáveis pelas instâncias internacionais os que, embora baseados no Direito interno comum dos Estados, ofereçam transposição à ordem internacional com ofensa aos caracteres e às exigências específicas desta. É que, como bem salienta VERDROSS, a expressão “princípios gerais do Direito” não se refere a preceitos jurídicos que, no sistema dos diversos Estados, coincidam entre si, mas exclusivamente àqueles princípios fundados em idéias jurídicas gerais, aplicáveis às relações interestatais. “De ahí que el TIJ — diz o Professor de Viena — no tenga que aplicar derecho interno como tal: sólo tiene la facultad de traer a colación los principios jurídicos sobre los que descansan el derecho de los pueblos civilizados, porque estos principios son la expresión de ideas jurídicas generales”<sup>31</sup>.

### OS ELEMENTOS AUXILIARES

Estabelece o art. 38 do Estatuto da CIJ que “1. A Côrte, cuja missão é decidir de acôrdo com o Direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, sejam gerais ou especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional como prova de uma prática geral aceita como sendo o Direito; c) os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob reserva da disposição do art. 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras do Direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Côrte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes nisto concordarem”.

A leitura do texto conduz à dedução de que, além das fontes *formais* precedentemente estudadas, não há outra da mesma ordem de que possa lançar mão a Côrte para decidir

---

rificar a insustentabilidade da classificação de VERDROSS, seguida por ACCIOLY (*Tratado...*, I, pág. 35), bastando observar-se que, v.g., o princípio de que “tôda regra de Direito deve apresentar um conteúdo razoável” não é princípio jurídico, mas um princípio de Lógica jurídica. — Por outro lado, deixamos de arrolar entre os princípios gerais do Direito o da boa fé, a regra *pacta sunt servanda*, a norma da liberdade e licitude do objeto das convenções, etc., por serem regras essenciais, pressupostos de tôda ordem jurídica e não meros princípios gerais do Direito, segundo a técnica esposada.

(31) *Derecho...*, pág. 131.

as controvérsias que lhe sejam submetidas, de vez que a jurisprudência, assim como a doutrina, é denominada de *meio auxiliar* para a determinação de regra de Direito a ser aplicada, prescrevendo-se, expressamente, no art. 59 do Estatuto a ineficácia de decisão da Côrte como precedente obrigatório.

Na verdade, a disposição em aprêço ainda é a que melhor satisfaz as condições atuais da vida internacional. A jurisprudência, à parte a inegável importância como elemento auxiliar no entendimento e determinação de norma jurídica, não poderia ser fonte formal do Direito internacional, sem embargo de que o sejam os princípios gerais do Direito que proclame. A realidade sôbre que atua, no momento histórico vivido, o Direito das gentes, não comporta fixação ou estratificação em muitos dos seus aspectos, sôbre os quais se desconhece regra, cuja ordenação convencional demanda perícia e cautelas que as decisões judiciárias, enquanto expressões normativas, dificilmente poderiam conter, em virtude da natureza vária e casuística das controvérsias, e da situação das partes litigantes no concôrto das Nações.

Não poderia haver dúvidas, porém, de que as decisões anteriores dos Tribunais internacionais, e sobretudo as da CIJ, constituem excelentes elementos motivantes de sentenças novas, em virtude das considerações jurídicas objetivas sôbre que se fundam os julgamentos. Vingará o adágio: *ubi eadem ratio, ibi idem jus*. As decisões trazem a convicção de que uma questão análoga deverá ser decidida da mesma maneira <sup>32</sup>.

Quanto à doutrina, que outrora gozou de extraordinária influência, invocando-se, na prática, a opinião dos autores mais qualificados (principalmente GROTIUS e VATTEL), à

---

(32) G. SCELLE, porém, defende a tese de que a jurisprudência é fonte formal do Direito das gentes. "Les décisions judiciaires ont en effet un double rôle: elles consacrent la coutume en la reconnaissant, — et elles sont aussi des actes juridiques générateurs de la coutume. Il en est ainsi, non seulement dans les pays de droit coutumier, mais dans ceux de droit écrit, et dans l'ordre juridique international qui participe à la fois de l'un et de l'autre système, où l'incertitude fréquente de la règle de droit confère à l'arbitre un rôle juridictionnel élargi". ... "Lorsque le juge international est ainsi appelé à dire ce qui, selon lui, constitue le Droit objectif, il formule en réalité le Droit positif et agit en législateur, puisqu'il constate quelle doit être la règle de droit avant de l'appliquer. Il en est de même si le système juridique interdit le déni de justice et prescrit au juge de statuer même en cas de silence de la loi. Ainsi la jurisprudence peut devenir une source formelle abondante du Droit des gens". *Précis...*, II, págs. 315-316.

maneira das *responsa prudentium* do Direito romano, não pode, evidentemente, estatuir regras de Direito. Todavia, o seu testemunho sôbre a existência de um costume, a interpretação doutrinal de uma tese ou de um tratado, a sistematização do saber que proporciona, o galardão moral e a boa fama científica dos cultores do Direito e das associações que, como o *Instituto de Direito Internacional*, congregam valores exponenciais da cultura jurídica, oferecem garantia e excelente roteiro à determinação de norma a ser aplicada na dirimência de conflitos internacionais.

Contudo, pela mesma disposição articular, é inegável o recurso direto às fontes materiais da equidade e da justiça, facultativamente, da parte da Côrte, desde que as partes em litígio lhe peçam resolvê-lo *ex aequo et bono*. Até o fim do século passado<sup>33</sup>, a cláusula de equidade predomina entre os tratados de arbitragem. Depois dos progressos da codificação do Direito das gentes e, principalmente, das tentativas de organização da ordem internacional, a cláusula quase desaparece, surgindo no Estatuto da Côrte, em 1922, de conformidade com uma proposição de FROMAGEOT, em que se deveria reconhecer à Côrte o poder discricionário de julgar as controvérsias com abstração das regras autônomas do Direito Internacional, quando as partes no litígio estivessem de acôrdo. Claro que não será só esta a função da cláusula de equidade. ROUSSEAU<sup>34</sup>, depois de assinalar, corretamente, que se entende por equidade a aplicação dos princípios da justiça (preferimos dizer "intuições da justiça") a uma espécie dada, mostra que a equidade desempenha papel tríplice em Direito das gentes. Pode manifestar-se, com relação ao Direito positivo, *infra legem* (função corretiva), *praeter legem* (função supletiva) ou *contra legem* (função eliminadora). Na primeira hipótese, a equidade funciona como meio de atenuar a aplicação do Direito, corrigindo-o quando demasiadamente rigoroso, a fim de evitar-se o *summum jus*. Na segunda, a equidade completa a aplicação do Direito, suprimindo-lhe as lacunas, e na terceira hipótese, constitui um meio de afastar o Direito para o oferecimento de uma solução, ainda que contrária ao mesmo, desde que

---

(33) Cfr. P. GUGGENHEIM, *op. cit.*, vol. I, pág. 158.

(34) Cfr. *op. cit.*, págs. 71-72.

as partes expressamente o admitam<sup>35</sup>. Mas se trata, em qualquer caso, de um recurso através do qual o juiz, defrontando-se com a materialidade apriórica da justiça, cria a regra e decide a controvérsia sem a preocupação de obedecer ao sistema positivo dado. A justiça, como valor absoluto, é fonte *material* da regra, e a equidade, o processo de aplicação da mesma.

Se bem que a CIJ nunca tenha sido convidada, expressamente, a proferir uma decisão *ex aequo et bono*, não subcrevemos a opinião dos que negam importância à disposição relativa ao tema no art. 38 citado. Embora a disposição não entre no exercício das funções normais da CIJ, enquanto fonte direta de regras jurídicas a serem aplicadas, parece oportuno lembrar que o juiz deve inspirar-se na equidade, quando da interpretação de lei ou de cláusula convencional obscuras, ou remediar as imperfeições destas<sup>36</sup>, sendo de notar-se, sobretudo, a fôrça de plenitude jurídica que a dita disposição oferece ao Direito internacional<sup>37</sup>.

## NOVA INTERPRETAÇÃO DO PROBLEMA DAS FONTES DO DIREITO

Exposto o problema das fontes do Direito, segundo a tradição doutrinária, ocorre-nos perguntar se o lançamento de tão importante questão, tal como há séculos vem sendo feito, ou é incorreto ou será, exatamente, um processo vicioso, responsável pelas controvérsias sem fim e as confusões e

---

(35) A propósito, comenta ROUSSEAU: "Sur ce problème, la doctrine reste divisée. Quant au donnés de la pratique, elles ne sont pas de nature à faciliter une solution éventuelle. Si quelques décisions internationales ont admis la possibilité théorique d'un règlement *ex aequo et bono* contraire au droit, on n'en trouve cependant aucune qui ait délibérément tranché un conflit entre Etats à l'encontre du droit existant. En tout état de cause, d'ailleurs, une autorisation expresse des Parties paraît nécessaire pour permettre au juge international d'élaborer à titre exceptionnel un règlement *contra legem*". *Op. cit.*, pág. 73.

(36) Cfr. ACCIOLY, *Tratado...*, I, pág. 43.

(37) Eis por que somos contrários aos que sustentam a existência de lacunas no Direito internacional. Estas, só tècnicamente, poderiam ser admitidas, no sentido de um *non liquet*, em virtude da ausência, por eventual inoccorrência nos termos do compromisso, de uma regra em que a pretensão se fundamenta. Mas ao juiz caberá repelir o pedido, o que será feito com apóio em princípio jurídico geral. A norma de Direito, quando não estatui uma obrigação, garante o exercício de uma liberdade. O poder discricionário de um Estado constitui obrigação por dever dos demais. Por outro lado, as pretensas lacunas do Direito internacional são, praticamente, irrelevantes, porque os Estados, quando recorrem a um tribunal o fazem querendo uma solução para a controvérsia. V. VERDROSS, *Derecho...*, pág. 138.

obscuridades que o cercam. Parece-nos que sim. Em vão se buscará nos expositores uma clara fixação das fontes do Direito, ou sequer uma satisfatória distinção entre o que se deva entender, exatamente, por fontes *formais*, e fontes *materiais*. As imposições doutrinárias são gerais, e as negações, recíprocas. Uns sustentam a inexistência de fontes *formais*, porque só as *materiais* são, na realidade, fontes do Direito. Outros afirmam o contrário, quando não relegam o estudo das chamadas fontes *materiais* aos domínios da Sociologia, da Economia, da Psicologia, da Política, da Lógica ou da Axiologia e, até mesmo, da Teologia. E o estudante, a quem se deve ministrar a verdade dos conceitos, fica perplexo diante da sarabanda, porque a perplexidade também é do Professor.

Mas tudo isto se deve a uma falta de método legítimo ao lançamento do problema; método que tem sido difícil encontrar, em virtude da autoridade dos doutrinadores tradicionais, em que se apoiam as soluções oferecidas e apenas repetidas ou comentadas nos livros. Mas é contra isto que nos rebelamos. O melhor conhecimento e solução de um problema serão aquêles alcançados através de um método ditado pela própria natureza do tema.

É fácil verificar-se, também de acôrdo com a doutrina tradicional, que o Direito, ontològicamente considerado, se desdobra em dois momentos distintos: o momento que se tem denominado de Direito objetivo (*norma agendi*), no sentido de regra pretensamente obrigatória (em alguns casos facultativa), de cuja violação poderá resultar a aplicação de uma sanção, por cujo conteúdo factual se entende certa conduta humana, singular ou coletiva; e o momento que se tem denominado de direito subjetivo (*facultas agendi*), o poder da pessoa, a faculdade que tem o homem, ou a coletividade, de agir sôbre objetos da mais vária natureza que o cercam, ou sôbre atos dos seus semelhantes, dentro das limitações estabelecidas pelo Direito objetivo. Pois bem, — à base desta distinção, feita no setor ontològico do Direito, é que deve ser lançada e solucionada a questão das suas fontes. Para tanto, admitiremos a classificação tradicional das fontes em *formais* e *materiais*, porque, na verdade, elas assim o são. O necessário é traçar, com tôda a exatidão, a amplitude inteligível de tais conceitos.

A compreensão de "fontes formais" é uma só: a de fontes de direitos subjetivos, sejam públicos ou privados, singulares ou coletivos; enquanto que a compreensão de "fontes materiais" é, exclusivamente, a de fontes de Direito objetivo (*norma agendi*).

Com efeito, é necessário a existência da regra, formulada por quem quer que seja, pelo próprio interessado, pela comunidade organizada ou por um poder competente, a fim de que a pessoa possa exercer a faculdade jurídica de reivindicar reconhecimento, garantia, gozo, alienação ou extinção de direito. Enquanto que, por outro lado, o que se entende por fontes *materiais* não passam de propósitos, pretextos, em si mesmos cogentes ou não, que conduzem à formulação da regra. São as necessidades de toda classe, principalmente as econômicas, são as intuições da justiça, as ideologias, políticas e de outras espécies, o progresso da Ciência e da técnica, etc., que funcionam como propósitos porque, na verdade, a única fonte *material* do Direito objetivo é a razão humana. Nesta é que se concebe e dela é que saem todas as objetivações do espírito, estrutura da Cultura, inclusive as normas jurídicas. A *idéia*, como acervo racional, é a única fonte da norma e a vontade, a manifestação exterior da *idéia* atuante.

Quando, porém, se trata das pessoas particulares, singulares ou não, e das personificações administrativas, que de algum modo reclamam direitos, por força do que se contém numa regra jurídica, tudo é simples e nenhum aspecto existe a esclarecer. Mas a solução proposta requer esclarecimentos quando nos defrontamos com um poder legislativo, encarregado da formulação do Direito objetivo. Aqui temos que distinguir o Poder em duas atitudes diferentes: como Poder *constituente*, cuja incumbência é criar um *Estado de Direito*, uma ordem jurídica, sistematizada, ou como poder legislativo ordinário. Na primeira hipótese, o Poder é soberano para declarar os direitos subjetivos (e o faz segundo os propósitos mais diversos), não só das pessoas particulares, singulares ou coletivas, como daquelas em que se encarna o próprio *Estado de Direito* criado, conjunto de instituições e órgãos diversos, inclusive os direitos subjetivos que passará a exercer, dentro da ordem geral estabelecida, o Poder *constituente*, que deixa assim de ser soberano. Como poder legislativo ordinário, ao baixar uma lei, ou concluir um tratado, o faz no exercício de um direito público subjetivo, estipulado em norma integrante da estrutura do *Estado de Direito*, interno ou internacional.

Da mesma forma opera qualquer outro poder, também subordinado ao *Estado de Direito*, quando regulamenta a lei ordinária, através de outra lei ou tratado, ou através de decreto, portaria, circular, aviso, etc.. A função regulamentadora, em qualquer caso, é sempre o exercício de um direito público subjetivo, seja o exercício de um órgão singular ou

coletivo, público ou privado, jurisdicional ou executivo, quando em função legislativa, por assim autorizar o *Estado de Direito*, que se ergue como fonte formal unitária de todos os direitos subjetivos, em determinada amplitude do Direito pleno.

Não se deve, pois, considerar as chamadas fontes *formais* como fontes de normas jurídicas. Nem se deve estabelecer confusão entre fontes *formais* e fontes *materiais*, ou negar a realidade destas, pretendendo-se resolver o problema como se a norma fôsse o único elemento ontológico do Direito. Das chamadas fontes *materiais* não nos virá nenhum direito subjetivo, mas somente os propósitos ou motivos para a elaboração das regras, em que se estipulam êsse direito. E sendo espírito a regra jurídica, a razão humana é a única fonte do Direito objetivo.

#### BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY (Hildebrando) — *Tratado de Direito Internacional Público*, 2 vols., Ed. do Ministério das Relações Exteriores, Rio, 1956.
- ANZILOTTI (Dionísio) — *Cours de Droit International*. Trad. de G. Gidel, Recueil Sirey, Paris, 1929.
- CAVARÉ (Louis) — *Le Droit International Public Positif*, 2 vols., A. Pedone, Paris, 1951.
- GUGGENHEIM (Paul) — *Traité de Droit des Gens*. 2 vols., Georg., Gênebra, 1953-1954.
- LE FUR (Louis) — *Règles Générales du Droit de la Paix*. Recueil des Cours, Haia, nº 54.
- L'HUILLIER (Jean) — *Eléments de Droit International Public*. Rousseau et Cie., Paris, 1950.
- MUELA (A. Miaja de la) — *Introducción al Derecho Internacional Público*. Atlas, Madrid, 1953.
- PEREIRA (Lafayette Rodrigues) — *Princípios de Direito Internacional Público*. 2 vols., Jacintho, 1902-1903.
- QUINTANA (Lúcio Moreno) — *Preliminares de Derecho Internacional*. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1954.
- REDSLOB (Robert) — *Traité de Droit des Gens*. Recueil Sirey, Paris, 1950.
- ROUSSEAU (Charles) — *Droit International Public*. Recueil Sirey, Paris, 1950.
- SCELLE (Georges) — *Précis de Droit des Gens*. Recueil Sirey, Paris, 1932-1934.
- SIBERT (Marcel) — *Traité de Droit International Public*. 2 vols., Dalloz, Paris, 1951.
- SPERDUTI (Giuseppe) — *La Fonte Suprema dell'Ordinamento Internazionale*. Milão, 1946.
- SPIROPOULOS (Jean) — *Théorie Générale du Droit International*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1930.
- STRUPP (Karl) — *Règles Générales du Droit de la Paix*. Recueil des Cours. Haia, 1934, I.
- VERDROSS (Alfredo) — *Derecho Internacional Público*. Trad. de A. Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, 1955.
- *Les Principes Généraux du Droit*. Recueil des Cours, Haia, nº 52.