

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO



Presidente

Embaixador Jeronimo Moscardo

A *Fundação Alexandre de Gusmão*, instituída em 1971, é uma fundação pública vinculada ao Ministério das Relações Exteriores e tem a finalidade de levar à sociedade civil informações sobre a realidade internacional e sobre aspectos da pauta diplomática brasileira. Sua missão é promover a sensibilização da opinião pública nacional para os temas de relações internacionais e para a política externa brasileira.

Ministério das Relações Exteriores
Esplanada dos Ministérios, Bloco H
Anexo II, Térreo, Sala 1
70170-900 Brasília, DF
Telefones: (61) 3411-6033/6034/6847
Fax: (61) 3411-9125
Site: www.funag.gov.br

HILDEBRANDO ACCIOLY

Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores

Professor catedrático de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo

Associado do Institut de Droit International

TRATADO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO VOLUME I

PREFÁCIO À 3ª EDIÇÃO HISTÓRICA:
PAULO BORBA CASELLA



QUARTIER LATIN

nal público civil, que abrange o estudo de certos modos de adquirir e perder a propriedade internacional, bem como os contratos em suas diversas formas e manifestações; *b*) o direito internacional público penal, que compreende o exame das sanções de toda espécie aplicáveis entre as pessoas jurídicas internacionais; *c*) o direito internacional público processual, que se ocupa da justiça internacional, sob todas as formas³⁰.

8. Não é raro que se aponte o Direito Internacional Privado como um ramo do Direito das Gentes, tomado em sentido genérico. Riccardo Monaco mostra com muita clareza que semelhante idéia não pode ser aceita, porquanto os âmbitos normativos de um e do outro quase não têm caracteres comuns. Enquanto o segundo “corresponde a um ordenamento jurídico e, pois, a uma instituição social, outro tanto não ocorre com o Direito Internacional Privado, que não é um ordenamento originário e não tem atrás de si nem a comunidade dos Estados, nem um ente semelhante a esta”³¹.

SEÇÃO II

REALIDADE DA EXISTÊNCIA DESTA DISCIPLINA JURÍDICA

9. Apesar do que a prática internacional ven mostrando, muitos autores têm negado a existência ou, pelo menos, o valor jurídico do Direito das Gentes³².

30 Busanante, I, ns. 41 e 43, p. 40. Cf. R. Monaco, *op. cit.*, p. 30. Scelle (*Précis*, I, p. 312; II, pp. 7/9) subdivide o direito constitucional internacional em três partes: a primeira se refere à função legislativa e à regulamentação das medidas inter-sociais; a segunda se ocupa da função jurisdicional; a terceira trata da função executiva ou governamental.

31 *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico e Privato*, p. 27. “Além disto” – diz ainda o mesmo autor –, “enquanto o Direito Internacional Público se destina a disciplinar relações entre Estados e os entes semelhantes aos Estados, e por isto é principalmente constituído de normas jurídicas internacionais, o Direito Internacional Privado considera diretamente relações entre pessoas privadas, portanto não entre sujeitos de Direito Internacional, mas entre sujeitos de direito interno. Mais ainda: enquanto o Direito Internacional Público tem seus próprios meios de produção jurídica, enquanto suas normas derivam das próprias fontes do ordenamento internacional, as fontes do Direito Internacional Privado se confundem com aquelas mesmas do direito estatal” (pp. 27-28). Clovis Bevilacqua (*Princípios elementares de direito internacional privado*, 2ª ed., 1934, pp. 112-113) não se atastava muito desse conceito, ao negar que o Direito Internacional Privado fosse um ramo do Direito das Gentes.

32 Sobre essas críticas ou negações, veja-se, entre outros: Ch. Rousseau, *Principes*, I, pp. 6-7; M. Siefert, I, pp. 4-8; J. G. Starke, *An Introduction to International Law*, 2ª ed., pp. 14-18; e, especialmente: G. A. Walz, *Essencia del derecho internacional y crítica de sus negadores*; A. Truyol, “Doctrines contemporaines du droit des gens”, 1ª parte, na *R.C.D.I.P.*, 54, 3ª série, I, XXI, 1950, nº 3; e *Fundamentos de D.I.P.*, pp. 8-11; e M. Aguililar Navarro, *Derecho Interna-*

10. Nesse sentido, foi alegada, antes de tudo, a ausência de uma autoridade superior ou de um legislador que imponha normas de conportamento aos Estados. Os próprios tratados concluídos entre estes – diz-se – refletem apenas uma relação de forças e deles se pode desligar, à vontade, as partes contratantes.

Efetivamente, não existe uma autoridade superior aos Estados. Mestes, conforme observa Legaz y Lacambra³³, “se acham integradas na comunidade internacional”. E da própria existência de tal comunidade resulta a de normas pelas quais esta se reja³⁴.

Quanto à falta, propriamente, de um legislador, a mesma não implica inexistência de um direito. “Direito e lei” – diz com razão Walz³⁵ – “são equivalentes”. E o fato é que, em todos os povos, tanto o direito público, quanto o direito privado começaram por ser costumes³⁶. Aliás, nse pode negar a existência de uma legislação internacional. Por outro lado, a própria jurisprudência, não só a internacional, mas também a nacional, tem reconhecido e aplicado regras de direito internacional.

11. Alguns dos negadores, porém, baseiam sua opinião precisamente no pretendido fato de que, ao contrário do que se vê na sociedade estatal, onde existe verdadeira comunidade, o mesmo não ocorre entre os Estados; e, não havendo comunidade, não é possível existir direito. Walz mostra, entretanto³⁷, que há inquestionavelmente uma comunidade internacional. Esta possui apenas uma estrutura diferente da comunidade estatal. E se, no seio daquela, surgem ou se iram antagonismos, estes não chegam ao ponto de dominar as relações interestatais – hipótese em que, de fato, faltaria a base de uma possível associação. Seja como for, é fato indiscutível que, hodiernamente os Estados vivem em relações constantes e estas não podem deixar de estabelecer uma comunidade regida por certas normas.

12. Outros autores – e parecem ser os mais numerosos entre descrentes no valor do Direito das Gentes – dizem que este não possui caráter jurídico, porque lhe faltam sanções: reduz-se a uma *com*

33 *Filosofía del derecho*, p. 361.

34 Cf. Lauterpacht, “Règles générales du droit de la paix”, *R.d.C.*, 62, 1937-IV, pp. 149

35 *Op. cit.*, p. 264.

36 M. Siefert, I, p. 5.

37 *Op. cit.*, pp. 257-260.

gentium, a um conjunto de regras de cortesia, ou, quando muito, de moral internacional. Daí recusarem-lhe eficácia jurídica.

Os mais moderados dentre esses últimos negadores como que se limitam à apreciação de meros aspectos da realização do direito. Alegam, assim, a falta de uma jurisdição coercitiva. Entretanto, a própria história da civilização mostra que os tribunais não nasceram com as primeiras manifestações da vida jurídica. Por outro lado, é sabido que desde muito foi sentida, na esfera das relações internacionais, a necessidade de se remediar essa falha. Daí o progresso que teve a justiça internacional, a princípio meramente arbitral, superada depois pela criação de uma corte de justiça de caráter permanente.

É verdade que a força coercitiva das decisões proferidas por esses órgãos tem tido por base, quase unicamente, a boa-fé ou a boa vontade das partes. A Organização das Nações Unidas, se bem que ainda não universal, já lhes fornece, no entanto, certa força obrigatória.

Finalmente, e como justamente observa Walz³⁸, “não se deve perder de vista que, no âmbito do direito, o tribunal só entra em funções para os casos excepcionais (relativamente pouco numerosos) nos quais a norma jurídica não alcança seus efeitos normais — isto é, para os casos em que não se cumpre”.

13. Muitos autores, contudo, insistem na alegação de que ao Direito das Gentes não pode ser reconhecido caráter jurídico, por lhe faltar poder coercitivo.

É, porém, essencial para a existência da norma jurídica uma força coativa que a ampare? Vários juristas contemporâneos o negam, Hermann Jartheis, por exemplo, escreveu: “a coação não é um elemento essencial do direito; mais ainda: é inevitável que certas normas do direito existam sem ser garantidas por normas de coação”³⁹. Mais recentemente, Truyol

mostra, com clareza, a inexistência de uma equivalência entre o direito e a força: “nem toda norma que consegue impor-se é direito, nem o direito consegue impor-se sempre de modo absoluto”. E acrescenta que “a equação *direito = força* é consequência de um vício inicial, que consiste em não distinguir claramente o mundo do *ser* e do *dever ser*”⁴⁰.

14. Sem dúvida, contudo, pode admitir-se que, *em princípio*, e conforme ensina Giorgio del Vecchio⁴¹, “o direito é essencialmente *coercível*” e que “o caráter da coercibilidade distingue as normas jurídicas de toda outra espécie de normas”. Esse caráter parece evidente nas normas jurídicas positivas. Onde Le Fur dizer⁴² que a sanção se mostra “como uma consequência natural, se não necessária, da efetividade do direito”, ou, melhor, de sua *positividade*.

Entretanto, o Direito das Gentes, embora seja ainda um direito incompleto⁴³ ou, como diz Del Vecchio⁴⁴, não se encontra ainda numa fase de “formação positivamente completa” — e isto explica, segundo este último, “por que a coação não apareça nele perfeitamente determinada e regulada” —, não está totalmente desprovido de sanções, que residem não só na força da opinião pública, mas também em atos concretos, tais como a ruptura de relações, o uso da retorsão ou de certas represálias, o emprego da força armada em ação coletiva⁴⁵.

Por fim, vale mencionar que Kelsen, com base na *teoria pura do direito*, não hesita em afirmar que o Direito Internacional, apesar de ser “direito primitivo”, possui todos os elementos essenciais de uma ordem jurídica e que “é uma ordem coercitiva no mesmo sentido em que o direito nacional: obriga os Estados a um determinado com-

38 *Op. cit.*, p. 273.

39 H. Jartheis, “Das Recht”, no *Rec. Gény*, I, p. 171. Mircea Djuvara também nega que a idéia de sanção seja essencial à idéia de direito (“Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international”, *Rd.C.*, 64, 1938-II, p. 584). A. Messineo diz francamente que “nem todo direito é dotado de coação ou pode ser coercitivo” (*Il diritto internazionale nella dottrina cattolica*, p. 119).

40 M. Aguilar Navarro *op. cit.*, I, p. 106) admite “que a coação não é elemento essencial ao direito, que existe coação como efeito de um direito preexistente, mas não ao revés, e que nem todas as manifestações jurídicas são suscetíveis dos mesmos meios técnicos de imposição”. Cf. Damas de Brito, *La philosophie du droit des gens*, Washington, 1944, p. 211; e Mare St. Korowicz, *La souveraineté des Etats et l'avenir du droit international*, p. 2.

40 *Fundamentos de D.I.P.*, p. 10.

41 *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 4ª ed., pp. 107-108.

42 *Les grands problèmes du droit*, p. 116. Le Fur, no entanto, não deixa de insistir em que “o direito não comporta necessariamente a coação positiva, pois, se assim fosse, uma grande parte do direito público não seria direito” (*ibidem*, pp. 131-132).

43 Lautenacht, “Règles générales du droit de la paix”, *Rd.C.*, 62, 1937-IV, p. 109. Walz *op. cit.*, p. 366) diz que um estudo detido mostra que o Direito Internacional é “um autêntico direito”, se bem que se não possam desconhecer suas peculiaridades.

44 *Op. cit.*, p. 116.

45 Truyol *op. cit.*, p. 10; Walz, *op. cit.*, p. 275-276; Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 361. Legaz diz que o Direito Internacional Público, por falta de desenvolvimento técnico, se dirige aos próprios sujeitos, isto é, aos Estados, para o cumprimento de suas normas. Cüsggenheim não nega o poder coercitivo do Direito Internacional Público, mas diz que este, “ao contrário da ordem jurídica estatal”, “tem um caráter primitivo” e suas sanções “atingem outros indivíduos, distintos dos autores do ato ilícito” (*Traité de Droit International Public*, I, p. 3).

portamento, ao estabelecer sanções contra o comportamento contrário". Tais sanções são "as represálias e a guerra"⁴⁶.

15. Para a negação do valor jurídico do Direito das Gentes, também se fala no pouco caso com que esta disciplina muitas vezes é tratada, ou, antes, nas violações que sofre. Mas é fato que as violações ocorrem igualmente em relação ao direito interno. Seja como for, a verdade é que o Direito Internacional é, em geral, obedecido e os Estados procuram sempre mostrar ou afirmar que o respeitaram⁴⁷.

SEÇÃO III

FUNDAMENTO

16. O problema do fundamento do Direito das Gentes tem grande importância, porque da maneira de o encarar ou, melhor, de o resolver podem decorrer consequências muito diversas na solução de questões de ordem internacional. Por outra parte, é do fundamento que se pode deduzir a força ou o valor obrigatório das regras ou normas do direito em apreço.

Dai que o assunto haja sido muito discutido e tenha dado lugar à formação de várias escolas ou doutrinas, das quais nos limitaremos a mencionar as mais conhecidas.

17. Os dois grandes teólogos espanhóis Francisco de Vitória e Francisco Suárez, hoje reconhecidos geralmente como os mais notáveis precursores do Direito das Gentes moderno, foram os primeiros a fornecer elementos para o esclarecimento da questão das bases desse direito⁴⁸.

46 Hans Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, B. Aires, 1946, p. 233. Cf., do mesmo autor, *Principles*, p. 93: "O direito internacional é uma ordem normativa, e uma ordem normativa é um sistema de normas válidas".

47 Cf. Sir John Fischer Williams, *Aspects of Modern International Law*, an Essay, London, 1933, p. 12; P. M. Brown, "The Legal Effects of Recognition", *A.J.*, 44 (1950), p. 618. Marc St. Korowicz (*op. cit.*, p. 2) admite, com certa dose de exagero, "a ineficácia do direito internacional", mas não por lhe faltar caráter jurídico e sim, a seu ver, pelo estado atual desse direito, "muito deficiente por causa das ambições, dos egoísmos e da falta de compreensão mútua dos Estados".

48 Sobre esses dois mestres antigos muito se tem publicado nas últimas décadas. Vejam-se, além de outros, os dois magistrais cursos na Academia da Haia, pelo professor Camillo Barcia Tralles ("Francisco de Vitória et l'école moderne du droit international", *R.d.C.*, 17, 1927-II), e "Francisco Suárez. Les théologiens espagnols du XVIe siècle et l'école moderne du droit international", *R.d.C.*, 43, 1933-II), publicados depois em espanhol, com algumas

A Vitória, atribui-se, com razão, a prioridade na apresentação da idéia de um direito realmente universal, que engloba toda a humanidade: não somente os Estados cristãos, mas também os demais Estados. Foi ele quem criou a expressão *ius inter gentes*. Nele já se encontra a distinção entre um direito internacional natural e um direito internacional positivo⁴⁹. Também se encontra a idéia do *bem commun*⁵⁰, assim como a de que, "se existisse uma lei humana que, sem motivo algum razoável, impedisse de seguir o direito natural e divino, essa lei seria desumana e desprovida de razão, e, por conseguinte, não teria força de lei"⁵¹.

Razão assiste, pois, aos que afirmam ser Vitória "o autêntico fundador da ciência do Direito Internacional". "Este, na verdade é seu maior título de glória", diz Truyol, que logo acrescenta haver "outros aspectos de seu labor nos quais não se manifesta menos a pujança e a elevação de seu gênio"⁵².

Em Suárez, porém, melhor se precisa a idéia universalista da comunidade internacional. "É em Suárez" — escreveu Yves de la Brière⁵³ — "que se encontra a fórmula mais exata, mais expressiva e para sem pre atual do conceito da comunidade internacional — onde se realiz-

ampliações Francisco de Vitória, fundador del Derecho internacional moderno e Francisco Suárez *The Spanish Origin of International Law* e *The Catholic Conception of International Law*, por Brown Scott, e "La conception du droit international chez les théologiens catholiques" (curso n *Centre Européen de la Dotation Carnegie*, Paris, 1930), por Yves de la Brière. Especialmente para o direito e mais preciso reconhecimento da contribuição daqueles dois religiosos espanhóis a direito internacional, é de se recomendar, pela boa divisão das matérias e a facilidade de consultados textos originais, a obra publicada em Paris, em 1939, pela Associação Internacional Vitória e Suárez, sob o título *Victoria et Suarez: contribution des théologiens au droit international moderne* com prefácio de I. Brown Scott e introdução de Yves de la Brière.

49 *De Indis*, III, 4. A este respeito, veja-se Le Fur, "Règles générales du droit international de paix", separata do *R.d.C.*, 1936, p. 15. — Cf. A. Verdross, "Règles générales du droit international de la paix", *R.d.C.*, 30, 1929-V, p. 279.

50 *De Indis*, III, 4.

51 *Ibidem*, III, 2. Sobre Vitória, veja-se também, entre outros, Barthélémy, em *Les Fondations*, pp. 1-38; A. de la Pradelle, *Mémoires et doctrines*, p. 33-48; F. de Vitória (*Adresses*, etc.); Herbert Wright, *Catholic Founders of Modern International Law*, pp. 13-19.

52 *Los principios del derecho público en Francisco de Vitória*, Madrid, 1946, p. 13. Nesse livro Truyol apresenta uma seleção, de vários excertos de Vitória, dos quais se desprende o pensamento filosófico do sábio dominicano. Acerca do papel de Vitória na criação do Direito das Gentes, cita-se, de Brown Scott, esta curiosa frase, que muito honra, aliás, o eleva espírito de quem a proferiu: "Eu, James Brown Scott, anglo-saxão e protestante, declaro que Francisco de Vitória, espanhol, católico e monge dominicano, é o verdadeiro fundador da escola moderna do Direito Internacional" (*apud* Aguilar Navarro, *op. cit.*, I, p. 132, nota 3) Introdução à cit. obra *Victoria et Suarez*, p. 4.

a síntese social da unidade e da diversidade humanas e que constitui a base universal do Direito das Gentes⁵⁴.

Na concepção de Suárez, a comunidade internacional é uma decorrência da própria existência de Estados separados, mas interdependentes. A consequência natural da comunidade é, por sua vez, a necessidade de uma lei internacional; e, portanto, o Direito das Gentes tem por base a dita comunidade.

A essência de seu conceito fundamental da sociedade internacional está na famosa e muito citada passagem de seu "Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore" (aparecido pela primeira vez em 1612, em Coimbra), na qual escreveu que "o governo humano, embora dividido em nações e reinos diferentes, tem certa unidade, não só específica, mas também quase política e moral, resultante do preceito natural do amor e da caridade mútua, que se devem estender a todos, mesmo aos estrangeiros, e de qualquer nação que eles sejam". E acrescentou: "Se bem que cada cidade independente, cada república e cada reino constitua em si uma comunidade perfeita e formada por seus membros, cada uma dessas comunidades é também, de certo modo, membro desse conjunto que é o gênero humano. Nunca, com efeito, essas comunidades podem separadamente bastar-se a si mesmas, a ponto de não terem necessidade de seu auxílio recíproco, de sua associação, de sua união, quer para seu maior bem-estar e sua grande utilidade, quer por causa de uma necessidade e de uma indigência moral, como a experiência o faz notar. Por isto, elas precisam de algum direito que as reja e as ordene convenientemente nesse gênero de relações e de sociedade. Posto que isto se realize em grande parte em virtude da razão natural, isto não se faz nem suficientemente, nem diretamente, em todos os casos, e esta é a razão por que certos direitos especiais puderam ser estabelecidos pelos costumes dessas mesmas nações⁵⁵.

54 Acerca de Suárez, lê-se em Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law*, Washington, 1934, p. 127: "Ele confirmou o que Vitória havia exposto. Mas isso não é tudo: juntou alguma coisa e essa alguma coisa deu à concepção do grande dominicano [Vitória] nada mais, nada menos do que uma filosofia do direito e do moderno direito das nações".

55 *Op. cit.*, livro II, capítulo XIX, nº 9. Le Fur, em *Règles générales du droit de la paix*, p. 16, disse que todo direito internacional se acha em germe em tal passagem "justamente célebre": Rolland, em *Les Fondateurs*, pp. 100-101, afirmou que a mesma constitui "definição... quase perfeita da sociedade internacional", J. Koster, "Les fondements du droit des

Suárez, entretanto, apesar de admitir e comprovar a relação íntima do direito das gentes com o direito natural⁵⁶, também os contrapõe, um ao outro, ao dizer, por exemplo, que "tudo o que é deduzido com evidência dos princípios naturais está inscrito no coração dos homens: tudo isto é de direito natural", e acrescentar que, "ao contrário, os preceitos do Direito das Gentes foram introduzidos pelo livre consentimento dos homens: de toda a humanidade ou de uma maioria" (*praecepta juris gentium ab hominibus introducta sunt per arbitrium et consensus, sive in tota hominum communitate, sive in maiori parte*)⁵⁷.

Aí chegou o ilustre granadino (cognominado *Doctor eximius*) a uma concepção voluntarista e, por assim dizer, contratual do Direito das gentes, a qual fez Barcia Trelles declarar que o grande jesuíta espanhol "definiu talvez de forma insuperável a comunidade das nações, mas não soube desprender-se do voluntarismo, que apoucanha (*empobrece*) apreciavelmente sua luminosa concepção"⁵⁸.

Seja como for, Suárez teve o grande mérito de, com "lógica penetrante" – segundo a expressão de Verdross – haver mostrado: primeiro, a existência de uma sociedade ou comunidade de nações; depois, o fato de que o Direito das Gentes dimana da apreciação e do julgamento comum dos homens, através do direito natural; finalmente, que o direito das gentes não tem sua fonte, apenas, na razão natural, mas também nos costumes dos povos ou nações⁵⁹.

gens", na *Bibl. Visseriana*, IV, pp. 35-36, declara que Suárez, em seu "Tractatus", lança sobre a matéria este traço original: "o gênero humano, apesar de dividido, como é, em diversos povos e Estados, constitui, sob certo sentido, uma unidade política e moral dominada pela lei natural do amor e da misericórdia, que se estende a todos os homens, inclusive os estrangeiros, seja qual for o povo a que pertençam". Do trecho citado de Suárez, há tradução francesa em Le Fur, *Recueil de textes*, p. 24-25.

56 V., por exemplo, *De legibus*, livro II, capítulos XVI e XVIII.

57 *De legibus*, livro II, cap. XVII, nº 8. Veja-se, em igual sentido, *op. cit.*, livro II, cap. XX, nº 6, onde se lê que "o direito das gentes pode ser modificado, visto depender do consentimento humano".

58 Francisco Suárez, p. 102. I. T. Delos, *La société internationale et les principes du droit public*, Paris, 1950, p. 274, foi bem mais severo com o *doctor eximius*, ao dizer que "a teoria suareziiana falseia a natureza do Direito Internacional Público". Além, o mesmo autor diz ainda, talvez com algum exagero: "Na ordem internacional, o voluntarismo suareziiano permitiu introduzir as teorias da soberania absoluta que professou o Direito Internacional do período moderno" (*ibidem*, p. 238). Verdross, ao contrário, defende Suárez, de quem diz que, "por sua lógica penetrante, sua clareza e suas considerações filosóficas, ultrapassou seu predecessor" [Vitória] (A. Verdross, "Règles générales du droit international de la paix", *R.D.C.*, 30, 1939-V, p. 280). Verdross, *loc. cit.*, pp. 280-281.

18. Grócio, que viveu do fim do século XVI a meados do século XVII⁶⁰, fundava o Direito das Gentes, ao mesmo tempo, num direito natural, cujo valor era intrínseco, e num direito voluntário, resultante do consentimento das nações.

Parece inegável, nesse ponto, a influência de Suárez sobre o sábio mestre holandês. Este último, aliás, não escondeu sua grande admiração por aquele seu predecessor. Com efeito, segundo Meréa (apoiado em Scorraille), Grócio escreveu, numa de suas epístolas, datada de 15 de outubro de 1633, que Suárez era um filósofo e um teólogo de tal penetração que dificilmente se poderia indicar quem com ele emparelhasse. “Além disso, no *De Jure Belli*” – acrescenta Meréa – “cita freqüentemente o tratado *Das Leis*, uma das obras às quais mais deu a formação do seu pensamento jurídico e político”⁶¹.

Na concepção grociana que se desprende do *De Jure Belli ac Pacis*, o direito natural não se funda na vontade divina, nem depende do mandato de autoridade alguma: tem valor próprio. “Consiste em certos princípios da razão sã (*est dictatum rectae rationis*), que nos fazem conhecer quando uma ação é moralmente honesta ou desonesta, segundo sua conformidade ou desconformidade com uma natureza razoável e sociável”⁶². Da natureza sociável do homem, esse direito tira sua força, mas tal natureza é considerada como imutável, e por isto o direito natural apresentará o mesmo caráter. Na opinião de Grócio, “os princípios desse direito são claros e evidentes por si mesmos, tanto ou mais quanto as coisas que conhecemos pelo sentido externo”⁶³. E o mesmo direito se realizaria “ainda que concedêssemos, o que se não pode fazer sem horrível crime, que não há Deus ou que, se este existe, ele não se interessa pelas coisas humanas”⁶⁴.

Junto a tal direito, conforme vimos, Grócio colocava outro direito, que tira sua origem da vontade de algum ser inteligente: é o direito voluntário. Convém, todavia, esclarecer que o direito voluntário, na ideia de Grócio, se divide em direito divino e direito humano, segundo derive da

vontade de Deus ou da vontade dos homens. E que o direito humano se subdivide em direito civil, direito menos amplo do que o direito civil direito mais amplo do que o civil, ou direito das gentes voluntário, resultante, este último, do consentimento expresso ou tácito dos povos⁶⁵.

A influência da doutrina de Grócio foi enorme e se estendeu até século XIX⁶⁶.

19. Entretanto, já em fins do século XVII, Pufendorf abria brechos nos princípios grocianos, deles se afastando bastante. Esse jurista atribuía ao Direito Internacional uma base única, o direito natural, com o qual, ao seu ver, aquele de certo modo se confunde.

Na opinião de Pufendorf não pode existir direito internacional positivo, porque os estados não reconhecem nenhuma autoridade superior. Os tratados ou os usos consagrados pelo consenso geral não podem fundar regras jurídicas, porque não são manifestações de uma vontade superior. Só o direito natural é capaz de estabelecer as regras destinadas a reger as relações entre os Estados⁶⁷.

Contra a escola de Pufendorf, que, aliás, não teve adeptos muitos numerosos, logo reagiu a tradição grociana, representada por Wolf Vattel e outros.

20. Por seu lado, a escola do direito positivo, adorando princípios diametralmente opostos aos de Pufendorf, sustentou que o estudo e referido direito deve ser o objeto principal, se não exclusivo, da ciência do direito das gentes. Esta só se deve preocupar com os precedentes práticos internacionais, na qual baseia suas regras. Essa escola surgia, assim dizer, ou pelo menos tomou real impulso com Bynkershoek teve entre seus principais representantes J. J. Moser e G. F. de Marten. Este último, entretanto, admitia ao lado do direito positivo, derivado do consentimento dos Estados, uma lei natural, ditada pela razão e a uti

65 *Ibidem*, livro I, cap. I, §§ XIII e XIV.

66 Sobre sua teoria geral do direito, veja-se Basdevant, em *Les Fondaturs*, pp. 230/2. Relativamente à sua filosofia do direito, consulte-se J. Lambias de Azevedo (*La philosophie de Hugo Grócio*, Montevideu, 1953). Acerca de Grócio, escreveu Le Fur: “théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle”, *R.D.C.*, 1927-111, p. 322: “... ‘devemos muito gratos a Grócio por haver mantido, contra uma corrente de idéias cada vez mais fi a parte de verdade das doutrinas tradicionais’, ‘Por sua vez, H. Rommen disse: ‘O mé imperpectvel de Grócio é ter sistematizado o Direito das Gentes e lhe ter dado uma só base natural’ (*Le droit naturel*, p. 97).”

67 *Ibidem*, em *Les Fondaturs*, pp. 354-355.

60 V. *infra* nº 73.

61 M. P. Meréa, *Suárez, jurista*, Coimbra, 1917, p. 88.

62 *Grotius, De jure belli ac pacis*, liv. I, cap. I, § X.

63 *Ibidem*, *Prolegomena*, § XI.

64 *Ibidem*, *Prolegomena*, § XI.

dade geral dos Estados. Porém, essa lei natural só poderia produzir "obrigações imperfeitas", isto é, não passíveis de sanção pela força e, portanto, suscetíveis de ser violadas impunemente pelos Estados. Assim, de acordo com essa opinião, só as regras de direito positivo teriam força obrigatória, só esse direito teria verdadeira autoridade.

21. A escola positivista foi levada a exageros, em virtude do hegelianismo, para o qual o Estado é o poder absoluto na terra, sendo o bem do Estado a suprema lei.

Baseados nessa premissa, Hegel (1770-1831) e sua escola sustentaram que o Direito Internacional se funda na vontade dos Estados. O Estado, quando concluí tratados, quando assume compromissos, não se acha ligado por estes senão até o ponto em que sua vontade assim o decide, porque ele se mantém acima de seus compromissos.

22. O positivismo, em sua fase contemporânea assumiu vários aspectos, nos quais se reflete, como muito bem assinala Truyol⁶⁸, a dificuldade de encontrar solução para o problema da fundamentação do Direito Internacional. Realmente, onde, na ausência de uma norma superior à vontade dos Estados, encontrar as bases sólidas de suas regras? Como conciliar o princípio da soberania absoluta dos Estados com os preceitos do Direito Internacional?

Veremos, em seguida, algumas das teorias que, dentro do positivismo, têm procurado resolver essas questões.

23. Começemos pela doutrina da auto-limitação ou da auto-obrigação do Estado, a qual durante certo tempo gozou de alguma voga. Segundo essa doutrina, o Direito Internacional se funda na vontade metafísica do Estado, que, para as necessidades de suas relações com os outros Estados, estabelece limitações ao seu poder absoluto. O Estado se obriga para consigo próprio, porque tal é a sua vontade. O Direito das Gentes só é obrigatório porque o Estado é capaz de limitar a si mesmo.

A idéia da qual deriva a teoria é, realmente, a de que o Estado, como entidade soberana, não pode ser subordinado a nenhuma autoridade superior. Onde a necessidade de ato voluntário seu para o estabelecimento de normas obrigatórias entre todos.

O fundador dessa doutrina, quem primeiro a formulou, parece ter sido Pütter⁶⁹. Mas quem a desenvolveu e propagou foi, principalmente, Jellinek, conhecido jurista contemporâneo, professor da Universidade de Heidelberg⁷⁰.

Verdross mostrou que ela existiu em época muito mais antiga do que se poderia imaginar. Com efeito, já na Roma antiga, a questão do fundamento do Direito das Gentes encontrara, por assim dizer, a mesma solução. Para os romanos, segundo observa esse insigne internacionalista⁷¹, todo compromisso internacional se tornava irrevogável, quando sancionado por um juramento das partes contratantes. Por esse juramento, cada uma destas se sujeitava à punição dos deuses próprios, no caso de não respeitar o compromisso. A essa sanção se dava o nome de *exerratio*. Nesse processo, está, pois, na realidade, a verdadeira origem, ou a primeira idéia, da doutrina da auto-limitação dos Estados.

Mas os próprios romanos, conforme Verdross observou⁷², sentiam a necessidade de uma base superior à vontade do Estado. Assim é que procuravam completar a auto-limitação com a obrigação de cada Estado para com a sua divindade.

24. Essa teoria não resiste à uma crítica séria. Com efeito, como pode a idéia da força obrigatória dos tratados impor-se à vontade livre do Estado, senão em virtude de qualquer coisa superior a essa vontade? É até contraditório dizer-se que uma regra de direito é obrigatória, quando se admite que ela é apenas o resultado de uma vontade livre, de uma vontade, portanto, discricionária, que pode, repentinamente, não querer mais respeitar tal regra.

É um erro, pois, basear o direito sobre a mera vontade do Estado. A proposição inversa é que se poderá admitir — conforme disse Le Fur⁷³.

69 Le Fur, *Règles générales du droit de la paix*, p. 22, diz, no entanto, que quem a propôs pela primeira vez foi Ihering.

70 Posso que defendida principalmente na Alemanha, essa doutrina teve um representante na França na pessoa de Carré de Malberg. No Brasil, aceitou-a Clóvis Beviláqua.

71 A. Verdross, "Le fondement du Droit International", *R.d.C.*, 16, 1927-1, p. 262.

72 *Loc. cit.*, p. 263.

73 L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne", *R.d.C.*, 18, 1927-III, p. 402.

25. Quase concomitantemente com a doutrina da autolimitação, hoje completamente abandonada, surgiu outra, de base igualmente voluntarista e ainda influenciada pelo hegelianismo.

Segundo a nova concepção, conhecida pela designação de teoria da primazia do direito nacional ou teoria do direito estatal externo, o fundamento do Direito Internacional já não é, propriamente, a vontade do Estado, mas a do seu direito interno. A lei interna é a base da lei externa, porque toda a esfera de atividade do Estado é fundada em seu direito nacional. Assim, o Direito das Gentes, nesta doutrina, como na anterior, emana do Estado.

Os principais representantes da escola da primazia do direito nacional encontram-se também na Alemanha: foran, primeiramente, os irmãos Zorn e, depois, Wenzel, Lasson e outros.

A crítica feita à teoria anterior prevalece no tocante a esta e abrange todas as escolas voluntaristas. "Um direito que só é obrigatório quando o destinatário voluntariamente o decide" — diz Aguilari Navarro⁷⁴ — "deixa de ser tal direito". Aliás, em face dos próprios fatos internacionais e da moderna concepção, segundo a qual o direito interno se deve inclinar diante do Direito das Gentes, a mesma não poderia subsistir.

26. Enquanto a teoria do direito estatal externo surgiu e se desenvolveu na Alemanha, uma doutrina a ela aparentada encontrou adeptos, sobretudo, na França. Foi a dos "direitos fundamentais dos Estados"⁷⁵.

Segundo essa teoria, o direito internacional repousa sobre os direitos particulares dos Estados ou, melhor, sobre o acordo de suas vontades soberanas⁷⁶. Tais direitos pertencem a todo Estado pelo mero fato de sua existência, e são, ao mesmo tempo, absolutos e inalienáveis.

Ela se desenvolveu de par com o princípio, hoje quase completamente abandonado, da soberania absoluta do Estado, e derivou da concepção individualista, predominante no fim do século XVIII e durante quase todo o século XIX⁷⁷.

74 M. Aguilari Navarro, *op. cit.*, l. 1, p. 166.

75 Convém desde logo observar que a expressão direitos fundamentais dos Estados tem sido tomada em dois sentidos, completamente distintos, conforme notou Le Fur, *Péctis*, nº 639, p. 380.

76 Acerca dessa doutrina, veja-se Gidel, "Droits et devoirs des nations. Théorie classique des droits fondamentaux des États", *R.d.C.*, 10, 1925-V.

77 Le Fur, *op. cit.*, nºs. 640 e 641, p. 389.

Do mesmo modo que as doutrinas atrás referidas — e por motivos análogos — a dos direitos fundamentais dos Estados não poderia servir de base à validade da norma internacional. Pode dizer-se, além disto, que essa teoria, vaga, imprecisa, conduz necessariamente à aceitação da dita soberania absoluta.

27. Triepel sentiu-o bem, ao propor uma nova teoria, destinada a explicar a obrigatoriedade do direito internacional. Manteve-se, porém, dentro do quadro voluntarista. Apenas procurou dar-lhe base mais ampla, que seria a "vontade comum" ou "vontade coletiva" dos Estados. A essa vontade coletiva, deu o nome de *Vereinbarung*. Dessa *Vereinbarung*, considerada nas relações entre os Estados, decorre o direito internacional. Ela consiste, segundo a definição de Binding citada pelo próprio Triepel⁷⁸, em "uma fusão de vontades diferentes, com o mesmo conteúdo".

Triepel condenou a doutrina da primazia do direito nacional, dizendo que a vontade isolada de um Estado não pode ser a origem do direito internacional. A seu ver, tal origem só se encontra na vontade geral ou comum dos Estados. Entretanto, a vontade isolada contribui para a formação da vontade geral e, por este meio, proporciona força obrigatória ao direito internacional⁷⁹.

28. A teoria da *Vereinbarung* padece dos mesmos defeitos da autolimitação e se lhe podem opor objeções análogas às que atrás indicamos. Aliás, as teorias mais recentes são-lhe diametralmente opostas: Formou-se, com efeito, a opinião generalizada de que, sem o reconhecimento da existência de uma regra superior à vontade dos Estados, não se pode conceber uma vontade comum que os obrigue em relação aos outros.

29. Tornou-se evidente, desde muito, que o voluntarismo positivo: ta era incapaz de resolver o problema da obrigatoriedade do direito internacional e como que se impôs a necessidade de buscar uma solução para tal problema em algum princípio transcendente e objetivo.

78 Triepel, *Droit international et droit interne*, trad. por Brunet, p. 49.

79 *Ibidem*, p. 32. L. Le Fur, *Règles générales du droit de la paix*, pp. 26-32, examinou e doutrina, acentuando sobretudo seu aspecto dualista e mostrando sua insuficiência para explicar a obrigatoriedade do direito internacional.

30. Kelsen, Verdross, Anzilotti e outros internacionalistas contemporâneos perceberam-no claramente e combateram as teorias baseadas na vontade isolada ou coletiva dos Estados, justamente sob a alegação de que só poderá explicar o caráter obrigatório do direito internacional uma norma superior, uma “regra fundamental superior”. Para esses autores, tal norma ou regra suprema era o princípio *pacta sunt servanda*. Interpretando esse ponto de vista, Verdross – que foi um dos mais brilhantes representantes da chamada Escola vienense – disse: “Não é a vontade como tal, quer a de um Estado, quer a comum de todos ou de vários Estados, que faz nascer o direito internacional; a força obrigatória deste decorre da regra objetiva *pacta sunt servanda*, que impõe aos Estados o respeito da palavra dada”⁸⁰. Os Estados são, pois, subordinados ao direito internacional, em virtude dessa regra. Assim, em vez da primazia do direito nacional ou interno, temos a do direito internacional ou externo.

Não foi explicado então se a regra era também aplicável ao simples direito consuetudinário. Posto, entretanto, de parte este ponto, ainda assim, a doutrina da regra *pacta sunt servanda* apresenta grave defeito: é que não resolve de todo o problema do fundamento do direito internacional. De fato, como prova, basta enunciar esta questão: donde deriva o caráter obrigatório de tal regra? Ou: por que esta será tida como obrigatória?

31. O referido defeito não escapou a Spiropoulos, que o assinalou nas seguintes palavras⁸¹: “da mesma forma que quando se fala da vontade comum ou da auto-obrigação do Estado, é preciso procurar uma norma superior, que estabeleça o caráter obrigatório dessa vontade comum ou dessa auto-obrigação do Estado; assim também, quando se fala da norma *pacta sunt servanda*, é preciso procurar ainda uma norma mais alta, que confira à regra *pacta sunt servanda* o caráter obrigatório. Porque, ainda que se estabeleça, invocando-se a prática, a validade da norma *pacta sunt servanda*, deverá provar-se ainda por que essa norma é válida”. Será preciso, pois, recorrer-se a uma regra superior. E é o que a moderna escola do direito natural indica. Aliás, o

próprio Verdross, já naquela época não parecia estar longe desta verdade. Assim, por exemplo, ao dizer que a competência pertence à comunidade internacional, ele acrescentava que esta não possui um poder arbitrário, ou, se quiserem, uma *soberania absoluta*, porque está sujeita “às regras da humanidade e da justiça”⁸².

32. Desde fins do século passado, começou a notar-se forte reação contra o positivismo voluntarista⁸³.

Entre os seus impugnadores, surgiu um nome de grande projeção nas letras jurídicas francesas: Léon Duguit, decano da Faculdade de Direito de Bordéus.

Duguit criou a teoria chamada *solidariedade* ou *positivismo sociológico*⁸⁴. Para ele, o direito tem uma base única, igualmente válida para o direito interno e para o direito internacional: essa base é o fato da solidariedade ou da interdependência dos homens. O direito não será, pois, como sustentavam várias teorias anteriores, uma criação do Estado: é, sim, uma expressão de fatos sociais, que se impõe aos homens como regra moral e jurídica. Essa regra se reveste de caráter jurídico quando os indivíduos de um grupo social se convencem de sua necessidade para o bom funcionamento da sociedade e de que, portanto, a regra necessita de uma sanção positiva⁸⁵.

Na última fase de sua vida, segundo observou Le Fur⁸⁶, Duguit reconheceu que o fato da solidariedade era insuficiente para fornecer base ao direito e achou que se lhe devia agregar o sentimento de justiça.

82 Verdross, *loc. cit.*, p. 319. – É curioso assinalar que, enquanto o insigne mestre vienense evoluiu, a ponto de figurar, hoje, francamente entre os jusnaturalistas, aquele ilustre mestre grego eheuou uma evolução em sentido inverso, conforme veremos adiante.

83 Enfatando, ainda em setembro de 1927, em sentença proferida na questão do *Lotus*, é verdade que por voto de desempate de seu presidente, a Corte Permanente de Justiça Internacional mostrou-se favorável à tese voluntarista, declarando que “as regras de direito que ligam os Estados procedem de sua própria vontade, vontade manifestada em convenções ou em usos aceitos geralmente como a expressão dos princípios de direito e estabelecidos para regular a coexistência dessas comunidades independentes ou com vistas à obtenção de fins comuns” (C.P.I.I., série A, nº 10, p. 18).

84 E. Kaufmann, “Regles générales du droit de la paix”, *R.d.C.*, 54, 1935-IV, p. 317. A exposição da doutrina de Duguit encontra-se em seu *Traité de Droit Constitutionnel*, 1927, p. 184 e segs. Veja-se uma crítica ampla da teoria da solidariedade, por Le Fur, nos *Archives de la philosophie de droit*, 1932, pp. 175-212, e em “Regles générales du droit international de la paix”, *R.d.C.*, 1936, pp. 72-94.

85 Le Fur, *Regles générales du droit international de la paix*, p. 73. Le Fur reconheceu que Duguit “deu novo impulso à ciência do direito público” e foi “um dos maiores juristas de seu tempo”; mas fez objeções fundamentais à sua doutrina (*ibidem*, pp. 414-417 e 424-426).

80 A. Verdross, “Le fondement du droit international”, *R.d.C.*, 16, 1927-I, p. 288.
81 J. Spiropoulos, “Le fondement du droit international”, *R.D.I.*, III (1929), p. 119.

Mas sua concepção da justiça era subjetiva e, portanto, facilmente arbitrária. Com efeito, ele chegou a admitir que o direito objetivo, tendo como fundamento o sentimento de justiça, se impõe ao homem; mas, em sua doutrina, esse direito é criado pelo homem, pois deriva do sentimento da justiça que se manifesta na massa dos indivíduos.

A este respeito, é de se observar, que o sentimento da justiça não depende de uma maioria e é anterior e superior à vontade do homem, que só o adquire graças à sua razão.

Assim, Duguit não fornece base suficiente e razoável para a validade do direito internacional.

33. A doutrina do decano da Faculdade de Direito de Bordéus exerceu grande influência sobre um dos mais respeitados internacionalistas contemporâneos: Georges Scelle.

Scelle, como Duguit, teve desde logo o mérito de combater, com inteligência e vigor, o velho dogma da soberania absoluta do Estado. Combateu igualmente a personalidade do Estado, que a seu ver, não passa de “um fenômeno social, um modo de ser de uma coletividade política fixada num território determinado e na qual se desenvolveu uma ordem jurídica autônoma e uma organização institucional”⁸⁷.

Sua escola é conhecida como *teoria biológica*, porque ele considerou o direito como um fenômeno biológico⁸⁸. Parte ela do princípio de que a conservação do equilíbrio social exige necessariamente forças coercitivas que são a resultante das leis naturais a que se subordinam todos os membros do mesmo grupo; e conclui que tais forças, sociais e coletivas, são originariamente de ordem biológica. Desse modo, o direito, que incluía primitivamente todas essas forças coercitivas, é também de origem biológica⁸⁹.

A seu ver, é a conjugação da *ética* e do *poder* (ou, antes, da “força social e coletiva progressivamente organizada”) que constitui “a fonte profunda ou material da ordem jurídica”⁹⁰.

87 Scelle, *Cours*, p. 82.

88 Scelle, “Regles générales du droit de la paix”, *Rd.C.*, 46, p. 335. Rousseau (*Principes généraux du D.I.P.*, I, p. 48) chama-lhe *objetivismo realista bio-sociológico*, porque tem por base a solidariedade, mas, ao mesmo tempo, indica como fonte única do direito internacional, como aliás, de todo o direito, o *fato social*.

89 Scelle, *Précis*, I, p. 3.

90 Scelle, *Cours*, pp. 8-9.

Segundo Scelle, todo direito tem por fundamento, primeiramente, uma necessidade social; depois, a utilidade social, porque não se trata apenas de viver, mas também de progredir.

Mas, a regra social — acrescenta ele — não é determinada somente por considerações de necessidade ou de utilidade materiais. Juntam-se a estas, como necessidades inerentes à natureza humana e, portanto, de ordem biológica, considerações de justiça, de moral, de finalidade. As últimas, contudo, são de índole muito mais subjetiva do que as primeiras, inspiradas pelas necessidades biológicas propriamente ditas⁹¹.

Para o autor da *doutrina biológica*, o Direito Internacional tem por origem as relações internacionais e, como qualquer outra disciplina jurídica, é consequência do fato social. “Seu caráter obrigatório deriva da necessidade dessas relações, quer sejam originariamente indispensáveis à vida de cada grupo, quer adquiriram, pela divisão do trabalho, a força de uma necessidade biológica. A essa consciência da necessidade, poderão sem dúvida acrescentar-se julgamentos de moral ou de justiça, mas estes serão sempre, apenas, elementos adventícios”⁹².

Scelle considera também que a justiça não é, muitas vezes, senão a projeção, no meio social, ou a generalização, de uma concepção de utilidade individual. É, pois, uma noção puramente subjetiva e, portanto, arbitrária.

Em todo caso, o ilustre mestre, conforme se viu nesse páldo e ben incompleto resumo de suas idéias básicas, fugiu dos exageros dos sociólogos positivistas, que fundavam o direito simplesmente no critério de utilidade social. Sua doutrina, porém, nos parece insuficiente como fundamento do Direito Internacional, porque, a nosso juízo, este só pode ter por base o sentimento de justiça existente na consciência do homem que a este se impõe como regra normativa superior à sua vontade⁹³.

91 Scelle, *Précis*, I, pp. 4-5.

92 *Ibidem*, p. 31.

93 Merece ser assinalado o fato de que, em certa passagem de um de seus livros (*Précis*, II, 436), Scelle se felicitou de haver o Pacto da Liga das Nações, no artigo 19, admitido existência de causas jurídicas de invalidez dos tratados, independentes da vontade das partes contratantes, porque, a seu ver, isso constituiria “uma condenação implícita, mas logicamente irrefutável, da doutrina voluntarista e contratual, ao mesmo tempo que reconhecimento da existência de um direito objetivo, anterior e superior ao direito positivo”. Aliás, Verdross — em “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence” —

34. O professor Jean Spiropoulos, jurista grego muito conhecido, o qual, de início, se mostrara favorável à escola do direito natural ou racional, mudou de idéias e convicções, procurando criar uma nova teoria, chamada *opinião dominante*.

Essa doutrina, exposta com largueza em sua "Théorie générale du droit international", publicada em 1930, se esforça por demolir todas as teorias anteriores sobre a fundamentação do Direito das Gentes. Pretende, assim, demonstrar que todas as estruturas jurídicas são igualmente admissíveis, dependendo sua aceitação ou rejeição do ponto de vista em que o jurista se coloque. A seu ver, todos os conceitos seriam afirmações apriorísticas e teriam unicamente um valor relativo. Dentro, contudo, de seu relativismo, Spiropoulos admite um *axioma* fundamental, consistente, segundo suas próprias palavras, na "expressão de que cada vez que, em matéria de aplicação de um direito, se trata de recorrer a um conceito, convém adotar aquele acolhido pela *opinião dominante*"⁹⁴. Defendendo essa concepção, acrescenta que, "ainda quando toda estrutura jurídica seja, do ponto de vista estritamente abstrato, tão exata como qualquer outra, entre as diferentes estruturas imagináveis há uma privilegiada, no sentido de que tem a seu favor a *opinião dominante*. Essa diferença, puramente externa, nos proporciona um princípio objetivo que permite delimitar o subjetivo absoluto em matéria de estruturas jurídicas"⁹⁵.

Nada mais vago do que essa *opinião dominante*. Por outro lado, não é possível admitir-se, por contrário à razão, que toda a estrutura jurídica esteja subordinada a um princípio arbitrário e variável, completamente alheio à consciência humana.⁹⁶

35. A chamada *Escola de Viena*, que teve por criador e chefe Hans Kelsen⁹⁷, sem dúvida uma das mais altas expressões da ciência jurídica

internationale", *Rd.C.*, 52, 1935-II, p. 201, notou que a doutrina de Stelle "não pertence ao positivismo puro, cujo verdadeiro caráter é o voluntarismo", e "está muito mais próxima da teoria jurídica baseada na idéia do direito".

94 Spiropoulos, *op. cit.*, p. 24.

95 *Ibidem*, p. 20.

96 George Chklaver, em *L'Esprit International*, V (1931), pp. 333-335, fez apreciação criteriosa da citada obra de Spiropoulos. Le Fur ("Règles générales du droit de la paix", *Rd.C.*, 54, 1935-IV, pp. 45-71) criticou a doutrina do internacionalista grego, à qual deu a denominação de "sistema majoritário". Mais recentemente, Aguilier Navarro, *op. cit.*, p. 155, fala nos "erros e contradições", nas "dificuldades e inconseqüências" da doutrina de Spiropoulos. Kelsen nasceu em Praga, em 1881. Foi professor em Viena, depois em Colônia, de onde, por último, passou aos Estados Unidos da América.

contemporânea e a quem se achavam ligados dois outros internacionalistas ilustres, Josef L. Kunz e Alfred Von Verdross⁹⁸, percebeu claramente a falência do positivismo jurídico voluntarista; mas, rechaçando ao mesmo tempo a solução jusnaturalista, procurou outras bases para o problema da fundamentação do direito. Criou, assim, um neopositivismo, que se caracterizou pela imaginação de um sistema de normas jurídicas, em virtude do qual cada uma destas depende, ou recebe sua validade, de outra norma, que a precede. Supõe-se, dessa forma, a existência de uma espécie de pirâmide, em cujo ápice se encontra hipoteticamente a chamada "norma fundamental" (*Grundnorm*) — norma cuja validade não pode decorrer de nenhuma outra, pois é a norma suprema.⁹⁹ "A norma básica" — afirma ele — "é uma hipótese do pensamento jurídico"¹⁰⁰.

Sua denominação — segundo o próprio autor — derivou da idéia de manter a doutrina "livre de todos os elementos estranhos ao método específico de uma ciência, cujo único escopo é o conhecimento do direito e não a sua formação"¹⁰¹. Essa teoria, diz ele, ainda busca "a base do direito, isto é, o fundamento de sua validade, não num princípio metafísico, mas numa hipótese jurídica, isto é, numa norma fundamental, a estabelecer-se mediante uma análise lógica do efetivo pensamento jurídico"¹⁰².

Aplicada ao Direito Internacional, essa norma deve ser "uma norma que mantenha o costume como fato criador de normas e possa ser assim formulada: *Os Estados devem comportar-se como se têm comportado costumeiramente*. O direito consuetudinário internacional, desenvolvido sobre a base desta norma, é o primeiro degrau no âmbito do ordenamento jurídico internacional. O degrau seguinte é formado pelas normas criadas pelos tratados internacionais", cuja validade "depende da norma *pata sunt servanda*, que pertence... ao primeiro degrau do Direito Internacional Geral"¹⁰³.

98 Kunz divergiu um pouco de Kelsen. Verdross separou-se decididamente da doutrina kelseniana e hoje é um dos mais brilhantes estílios do jusnaturalismo.

99 H. Kelsen, *Teoria generale dei diritto e dello stato*, trad. de S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, p. 112.

100 H. Kelsen, *Principles*, p. 412.

101 H. Kelsen, *Teoria generale*, p. IX.

102 *Ibidem*, p. X.

103 *Ibidem*, p. 375. No mesmo sentido: *Principles*, p. 418. Para Kelsen, entretanto, o princípio

Kelsen, desde o começo, combateu a concepção dualista do direito, aderindo francamente à doutrina monista. Nos primeiros tempos, porém, havia preferido o sistema da primazia do direito interno, tornando, assim o direito internacional mera dependência daquele, ou, antes, dele fazendo o direito externo do Estado. Mais tarde, porém, por influência de um de seus primeiros discípulos, isto é, de Verdross – segundo informa Kunz¹⁰⁴ –, ele foi levado a mudar de sistema, passando a admitir a primazia do direito internacional.

Para Kelsen, o sistema monista, baseado na primazia do direito interno, facilitava a tarefa de encontrar uma base de validade jurídica: seria a vontade do Estado. Aderindo à primazia do direito internacional, ele se viu levado a procurar tal base na regra *pacita sunt servanda*. Esta – diz ele – “é a razão da validade dos tratados, e portanto a fonte de todo direito criado por tratados”. Mas o direito internacional é também costumeiro. Onde encontrar, então, a base para a validade deste último? Kelsen não se embarça: “A força obrigatória do direito internacional repousa, em última análise, num pressuposto fundamental: na hipótese de que o costume internacional é um fato criador de direito”¹⁰⁵. Esta hipótese pode ser chamada a norma básica. Não é uma norma de direito positivo, não é criada por atos da vontade de seres humanos; é pressuposta pelos juristas ao interpretarem juridicamente o comportamento dos Estados.”¹⁰⁶

da legitimidade das normas não basta para assegurar sua efetividade porque há uma diferença essencial entre o que é e o que deve ser, entre a maneira por que os homens efetivamente se comportam e aquela pela qual eles se devem comportar (*Principles*, p. 414). Dessarte estabeleceu ele uma distinção radical irreduzível entre o *Sein* (e o *Dever Ser* (*Sollen*)) com absoluta preeminência deste sobre aquele ou total indiferença pela realidade social. “Ele chega assim em seu racionalismo” – diz Rommen (*Le Droit Naturel*, p. 181) – “não só a um direito sem conteúdo, situado além do real e da existência, mas ainda – porque seu relativismo ateu não lhe permite reconhecer... uma vontade divina suprema, fonte de toda lei – à conclusão de que a realidade de fato... a ordem jurídica que reina no mundo, é a norma primeira e suprema, do direito” – “conclusão paradoxal” – acrescenta Rommen – “num homem para quem o ideal do direito é um direito puramente normativo”.

104 Kunz, *La teoría pura del derecho*, 1948, p. 21.

105 Le Fur, *Règles générales du droit de la paix*, p. 41) assinou a contradição desse raciocínio com a própria doutrina kelseniana, segundo a qual “um fato não é um dever”. “É o próprio Kelsen” – disse Le Fur – “quem insiste nessa distinção fundamental que ele estabeleceu entre o *Sein* e o *Sollen*. É o *Dever Ser*, que caracteriza a regra jurídica, e ele não é suscetível de verificação experimental. A existência desse dever não é absolutamente provada pelo fato de que tal comportamento humano foi observado num momento dado”.

106 Kelsen, *Principles*, p. 314. A teoria normativa de Kelsen é apoiada por vários autores contemporâneos, entre os quais P. Cuggenheim (“*Traité*”, I, p. 7) e Jean Hühliier, *Éléments de Droit International Public*, Paris, 1950, p. 8 – Diz Trivoli, em “*Doctrines contemporaines du droit des gens*”, *RCDIP*, p. 5 (1951), p. 26, que Kelsen deve a ideia da *Grundnorm*, no Direito Internacional, a um jurista austríaco, Adolf Merkel, que a tinha aplicado em direito administrativo.

36. O antigo positivismo voluntarista fora claramente impotente para fornecer uma base de validade ao Direito das Gentes. Não foi mais feliz o neopositivismo, ou normativismo, de Kelsen, nem sequer quando abandonou seu primitivo monismo, com o qual só considerava como reais a vontade do Estado e o ordenamento jurídico interno. Conforme vimos, Kelsen funda o direito numa pura ficção. Como nestas condições, será possível admitir-se semelhante teoria? Se a existência da norma básica em que assenta o sistema não pode ser provada e só é aceita como hipótese, deve concluir-se que a validade de todo o direito positivo, que se pretende apoiada em tal forma, será também hipotética¹⁰⁷.

Entretanto, ao colocar no cume da pirâmide, por ele imaginada para explicar a questão do fundamento último do Direito das Gentes um postulado hipotético, indemonstrável, Kelsen pretendeu justificar-se com a invocação do exemplo das ciências positivas, que às vezes recorrem a hipóteses para a explicação de fenômenos até então desconhecidos, ou de causas momentaneamente ignoradas. Essa simulação ou essa pretendida analogia foi combatida, com razão, por diversos internacionalistas contemporâneos¹⁰⁸.

Em todo caso, conforme acentuou Le Fur, é bem frágil a base e que repousa o sistema kelseniano, pois, do caráter fictício, hipotético da norma original, “resulta a impossibilidade de demonstrar seu caráter obrigatório”¹⁰⁹.

107 Cf. Rolando Quadi, *Diritto Internazionale Pubblico*, p. 32; Roberto Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, p. 40. “Essa hipótese” – diz Verdross (*Völkerrecht*, 2ª ed., p. 2) “significa certamente um progresso, relativamente ao positivismo jurídico anterior, pois não conduz a uma solução real do problema, já que a normatividade do direito não pode existir em mera hipótese, mas sim em norma válida na sociedade”.

108 Le Fur, *Règles générales*, pp. 40-41; Trivoli, *loc. cit.*, p. 31; *La filosofia de Alfred Verdross*, 14; e *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, p. 15; Max Sorensen, *Les sources droit international*, Copenhague, 1946, p. 18; Wilches, *Le nouveau droit des gens*, 1948 12; R. Ago, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, p. 64-65; Ago (*ibidem*), p. 64, nota cita, no mesmo sentido; Verdross, em *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, W 1926, p. 23 e 31.

109 Le Fur, *Règles générales*, p. 41; Antoine Peretiatkovicz, “La méthode normative en ‘public’”, nos *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, X, 1940, p. 1; vai além, observando o seguinte: “Kelsen pretende que a norma fundamental é hipotética. Ora, a criação de hipóteses sendo a obra de indivíduos e possuindo um caráter subjetivo, a norma fundamental possuirá também um caráter subjetivo... Se a norma fundamental um caráter subjetivo, o mesmo acontecerá com todo o sistema de normas jurídicas que derivam”. Pois que a norma fundamental é fictícia e absolutamente hipotética, “donde

37. Outro ponto da doutrina de Kelsen que tem sido objeto de fundadas críticas é aquele em que confunde o Estado, como comunidade jurídica, com seu próprio ordenamento jurídico¹¹⁰. “O Estado como pessoa jurídica” – disse ele – “é a personificação de um ordenamento jurídico”¹¹¹. Essa identidade, no entanto, parece difícil de ser provada, tanto mais quanto é sabido que o Estado possui elementos que nada têm que ver com a mera criação de normas¹¹².

38. Kelsen, recusando-se a admitir a possibilidade de um fundamento objetivo para o direito, viu-se de certo modo obrigado a apelar para sua norma hipotética.

Na realidade, o eminente chefe da Escola de Viena está talvez mais perto da doutrina objetiva do que ele ousaria confessar-lo. Fazendo abstração do elemento racional que domina todo o direito positivo¹¹³, ele invoca a indemonstrável *Grundnorm* como base de todo o seu sistema – como que reconhecendo, dessa forma, a existência de alguma coisa acima da vontade do homem, ou, conforme as expressões de Mircea Djuvara¹¹⁴, a ideia de um imperativo ético racional, a ideia normativa da justiça.

39. Como quer que seja, o normativismo kelseniano é incapaz de demonstrar a validade da norma fundamental (*Grundnorm*) e até de indicar quais os critérios desta¹¹⁵.

Chega-se assim, cada vez mais, à conclusão de que se deve buscar a razão da obrigatoriedade do direito fora do âmbito de suas normas positivas¹¹⁶, de que é impossível eliminar-se do direito a ideia de uma justiça

imamente, uma justiça objetiva, superior aos governos como aos homens tomados individualmente, uma justiça – como disse muito bem Le Fur – verificada pelos homens, graças à sua razão, mas não criada por eles¹¹⁷. É o reconhecimento da volta à doutrina tradicional do direito natural, cuja renascença tem sido assinalada desde muito por vários juristas de valor¹¹⁸ e já foi considerada como um dos fatos mais impressionantes deste século¹¹⁹, naturalmente no campo jurídico. Seus adeptos, aliás, são hoje mais numerosos do que nunca¹²⁰, provavelmente porque se vai reconhecendo, mais ou menos por toda parte, ser

117 Le Fur, *Règles générales du droit de la paix*, p. 175; *Les grands problèmes du droit* (Paris, 1937), p. 432. ... “os princípios de justiça, cuja necessidade afirmamos, só nos são revelados pela razão ou a consciência moral” (François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 486). “Se não queremos negar o Direito Internacional ou que este se converta em mero eulimismo para designar a força” – disse A. de Luna – “teremos que buscar o fundamento de sua validade, como o de todo o direito, não na vontade do Estado, facilmente mutável ou opressora, mas num direito natural” (Relatório apresentado ao 1º Congresso H.L.A. de D.I.; *Actas*, I, 1951, p. 467).

118 François Geny, há mais de trinta anos, deu a um de seus livros, como é bastante sabido, o título de: “L'irréductible droit naturel”. Chamont, ainda antes, escreveu e publicou um livro intitulado *La renaissance du droit naturel* (Paris, 1911). Mencionam expressamente o renascimento do direito natural, entre outros: Le Fur, em “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne”, *R.D.C.*, 18, 1927-III, p. 264, e em *Les grands problèmes du droit*, 1937, p. 139; M. Djuvara, “Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international”, *R.D.C.*, 64, 1938-II, p. 498; Heintz Kommen, “Le droit naturel”, pp. 165 e 174; G. Salvioli, “La règle du droit international”, *R.D.C.*, 73, 1948-II, p. 380; A. Verdross, *Völkerrecht*, 2ª ed., 1950, p. 55; A. Truyol, *RGDIP*, 54, 1950, p. 37; L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, 1953, p. 147; etc. Segundo E. I. Cohn, “German Legal Science today” (*J. & C.L.Q.*, 2, 1953, p. 190), “a tendência dominante na filosofia jurídica alemã contemporânea é uma renascença do direito natural”.

119 Aguilar Navarro, *op. cit.*, I, p. 151. Convém notar desde logo que não se trata do jusnaturalismo racionalista e individualista dos séculos XVII e XVIII, e sim do dos teólogos e juristas espanhóis do século XVI (*ibidem*, p. 184). Kelsen, no entanto, parece fazer tal confusão (*Principles*, pp. 315-317): “Théorie du droit international public”, *R.D.C.*, 84, 1953-III, p. 130), ligando a doutrina do direito natural – tal como a entendemos hoje e deriva de época muito anterior – à filosofia de Jean-Jacques Rousseau. Le Fur, entre outros, disse mais de uma vez que a verdadeira teoria clássica do direito natural não remonta apenas aos séculos XVIII e XIX (Le Fur, *Règles générales du droit de la paix*, pp. 81-82) e o demonstrou em seu curso intitulado “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne”, *R.D.C.*, 18, 1927-III; Jacques Marinian (*Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Paris, 1947, pp. 62-63) explicou o fato com muita clareza, dizendo: “A ideia do direito natural é uma herança do pensamento cristão e do pensamento clássico. Não remonta à filosofia do século XVIII, que a deformou mais ou menos, e sim a Górgio e, antes dele, a Francisco Suárez e a Francisco de Vitória; e, mais longe, a S. Tomás de Aquino, e, mais longe, a Santo Agostinho e aos Padres da Igreja e a São Paulo; e, mais longe ainda, a Cícero, aos Estóicos, aos grandes moralistas da antiguidade e a seus grandes poetas, particularmente a Sófocles”. Cf. Le Fur, “Querre juste et juste paix”, *RGDIP*, 26, 1919, pp. 289-290.

120 A lista dada por Le Fur às páginas 140 a 144 de *Les grands problèmes du droit*, podem acrescentar-se, entre os filósofos e internacionalistas contemporâneos: Jacques Marinian, Luis Legaz y Lacambra, A. Messineo, Helmut Coing, Jean Darbelnet, Lauterpacht, G. Salvioli, H. Rommen, A. de Luna, Camilo Baciata Trellis, A. Truyol, Aguilar Navarro, P. Lucas Verdú, Mircea Djuvara, Luis Cabral de Moncada, Dantas de Brito, e outros.

ela seu valor e mesmo sua razão de ser?” – pergunta Stellos Castanos (*Critique du Droit International Public moderne*, Paris, 1953, p. 53).

110 Kelsen, *Teoria generale*, p. 186.

111 *Ibidem*, p. 201.

112 A. Peretiatkowitz, *loc. cit.*, p. 230. Charles de Visscher (Théories et Réalités en Droit International Public, 1953, p. 90) diz que essa identificação entre Estado e normas é, “ao mesmo tempo, irreal e profundamente perigosa” para a própria concepção objetiva do direito. “São é absolutamente como complexo de normas” – acrescenta Ch. de Visscher – “que se vêem os Estados entrar em relações uns com os outros, adquirir direitos e assumir responsabilidades”.

113 Mircea Djuvara, “Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international”, *R.D.C.*, 64, 1938-II, p. 570.

114 Mircea Djuvara, “L'idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques”, nos *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, X, 1940, p. 158.

115 G. Gurwitsch, “Théories pluralistes des sources du droit positif”, em “Le problème des sources du droit positif” (*Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*), Paris, 1934, p. 115.

116 Aguilar Navarro, *op. cit.*, I, p. 183.

evidente a existência de alguma coisa, ou, melhor, de um direito "acima do direito positivo"¹²¹, ou porque o conhecimento de tal fato se vai tornando mais palpável com o desenvolvimento da consciência moral do homem¹²². Verdross diz claramente que "o direito das gentes positivo não pode subsistir sem essa base de direito natural"¹²³.

40. Que é, porém, precisamente, o *direito natural*? Verdross define-o como sendo "as normas que resultam da natureza racional e social do homem"¹²⁴. E acrescenta que, apesar da variedade de doutrinas a seu respeito, a maior parte delas se combinam em seu fundamento e "todas partem da idéia de que, por sua natureza, o homem é um ser racional e social, que se conhece como tal"¹²⁵.

Na verdade, ninguém discute a afirmação de que o homem é um ser social. Algumas vezes, contudo, parece haver quem esqueça que, além disto, ele é um ser racional; e que, assim sendo, possui senso moral e consciência, atributos que o distinguem entre os componentes do reino animal.

É graças a esse senso moral, a essa consciência, que ele emite julgamentos de valor, aprecia atos ou ações¹²⁶, julga os fatos que se lhe apresentam; distingue entre o bem e o mal, o belo e o feio, o verdadeiro e o falso, o útil e o nocivo, o justo e o injusto. E é desses julgamentos de valor que provêm as regras normativas que se impõem ao homem, regras cuja existência — conforme atrás ficou dito (nº 39) — ele consegue verificar, mas cuja criação está acima de seu alcance¹²⁷.

121 Cf. Rommen, *The State in Catholic Thought*, St. Louis (Missouri) & London, 1947, p. 155, e *Le droit naturel*, p. 160; G. Salvioi, "La règle de droit international", *R.d.C.*, 73, 1948-II, nota 1 à p. 386.

122 J. Maritain, *Man and the State*, Chicago, s/d (1951), p. 90.

123 Verdross, *Völkerrecht*, p. 30.

124 *Ibidem*, p. 28. Vitória tinha-o definido como sendo "tudo o que por luz natural aparece claramente justo a todos e conforme à razão reta" (*apud* Truyol, *Los principios del derecho público en Francisco de Vitoria*, p. 29).

125 Verdross, *op. cit.*, p. 29.

126 "O ato pelo qual alguém aprecia se uma ação determinada de uma pessoa é justa, ou não, é um julgamento" (M. Djuvara, "Droit rationnel et droit positif", em *Recueil Gény*, I, p. 247, V, também pp. 257-258). Cf. Marc Régade, "La notion juridique de l'Etat en droit public interne et en droit international public", em *La technique et les principes du droit public*, II, 1950, p. 508.

127 Le Fur, obras citadas; Cf. G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 4ª ed., 1944, pp. 265-266 e 273; Jean Darbellay, *La règle juridique, son fondement moral et social*, St. Maurice, 1945, p. 41. A. Messineo, *Il diritto internazionale nella dottrina cattolica*, 2ª ed., Roma, 1944, diz que o fundamento próximo do direito natural é a natureza, "mas o fundamento ontológico é a mente de Deus" (109).

Isto basta para caracterizar o direito natural¹²⁸ e justificar sua invocação como base para a validade do direito positivo, validade que decorre naturalmente de princípios superiores à vontade do legislador¹²⁹.

41. A própria denominação de *direito natural* indica que este é considerado como "conforme à natureza humana"¹³⁰.

É fato, porém, que o mesmo tem recebido outras denominações tais como: direito objetivo, direito racional, direito ideal, direito científico, direito transcendente — todas, porém, se conciliando na idéia de que com qualquer delas se tem em vista sempre um conjunto de regras anteriores e superiores à vontade do homem¹³¹.

42. Qual o seu conteúdo, ou que princípios o constituem? Aparentemente, as teorias nem sempre coincidem a esse respeito.

Na verdade, porém, há apenas pequenas divergências no modo de as expor, ou nas expressões usadas.

Truyol, por exemplo, observando que "a natureza humana é só um em seus traços essenciais", diz que o âmbito de tais princípios se reduz às tendências fundamentais e genéricas, "deixando-se ao direito positivo a missão de as adaptar convenientemente às circunstâncias particulares de lugar e de tempo"¹³².

Le Fur não se afastou substancialmente desse conceito, quando afirmou que "o direito natural ou racional se compõe essencialmente de um pequeno número de princípios gerais, por isto mesmo que se devem aplicar a todos os homens". Precisando o seu pensamento e referindo-se explicitamente às obrigações decorrentes

128 Segundo M. Djuvara ("Droit rationnel et droit positif", em *Recueil Gény*, I, pp. 257-258) ato pelo qual se atribui às ações das pessoas a qualidade de justas ou injustas, fora de referência a um direito positivo, existe... como fato inegável e tem um valor normativo

129 Cf. A. Truyol, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, p. 15.

130 Le Fur, *Éléments*, Paris, 1941, p. 24. G. del Vecchio ("Le problème des sources du droit positif", em *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit*, 1934, p. 36) disse: "... o caráter característico da natureza humana é a razão. O direito natural é direito reconhecido pela natureza humana, complexo de princípios intrínsecos", pode ser chamado transcendente "se se tem em vista a fonte última donde se deriva"; objetivo, "se se considera a natureza humana, a ordem criada"; imanente, "por consistir de princípios intrínsecos à própria natureza do homem e da vida social"; racional, "porque a faculdade que o dita e o promulga a consciência iluminada pela razão".

132 A. Truyol, *Fundamentos de Derecho Natural*, 1949, p. 21.

vida do homem em sociedade, o insigne mestre disse ainda que tais obrigações correspondem necessariamente a outras tantas regras de direito e que estas são, "além da obrigação de respeitar as normas estabelecidas pela autoridade em vista do bem comum, a obrigação de respeitar um compromisso livremente assumido – contrato entre indivíduos ou tratado entre Estados – e a obrigação de reparar um dano injustamente causado"¹³³.

Em síntese, parece que se pode concluir que o direito natural compreende, em termos gerais, os princípios superiores de justiça inscritos na razão humana¹³⁴.

43. É, porém, imutável esse direito? Gény indicou muito bem que, "se se admite, segundo a razão, a experiência e o sentimento íntimo, a uniformidade da natureza humana, a identidade constante de seu destino e a existência de uma ordem natural permanentemente de relações entre os elementos do mundo, se há de concluir necessariamente que os princípios de pura justiça, que não são mais do que uma das faces dessa ordem, conservam, no meio das variedades e das contingências de sua atuação, um caráter universal e imutável"¹³⁵.

Verdross, contudo, partindo da fórmula de S. Tomás de Aquino – *Quidquid recipitur, recipitur per modum recipientis*¹³⁶, diz que daí "resulta que a imutabilidade da ideia do direito não é inconciliável com a diversidade das concepções jurídicas segundo os povos", o que não impede "a existência de um *fundus iuridicus communis*"¹³⁷.

133 Le Fur, *Éléments*, p. 25. Cf. Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, pp. 181-183 e "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne", *R.d.C.*, 18, 1927-III, p. 389.

134 François Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 481, nota 2; J. Darbellay, *La règle juridique, son fondement*, 1945, p. 41.

135 Fr. Gény, *op. cit.*, p. 485. Le Fur disse também: "O direito natural propriamente dito não é variável, porque só contém as aplicações imediatas desse sentido da justiça, universal no homem – o que, precisamente, lhe fez dar o nome de natural" ("La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle", *R.d.C.*, 18, 1927-III, p. 389). Guido Battaglini, "La questione delle fonti, specie in rapporto al diritto penale", em *Recueil Gény*, s/d (1934), pp. 285-289, explica com alguma minúcia o caráter da imutabilidade, atribuído ao direito natural. A. Messineo *op. cit.*, p. 105) fala em leis fixas e imutáveis. Segundo Damás de Brito, *La philosophie du droit des gens*, Washington, 1944, p. 114, "um direito natural é impossível, se não é ao mesmo tempo necessário e imutável" (o mesmo conceito se encontra também à p. 118). A. de Luna disse igualmente que "o direito natural é universal e imutável" ("Actas del 1º Congreso H. L. A. de D.I.", p. 468).

136 "Tudo o que se recebe é recebido pelo modo de quem recebe".

137 Verdross, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", *R.d.C.*, 52, 1935-II, p. 202.

É essa, mais ou menos, a orientação geral adotada pelos juristas contemporâneos e que parece confirmada pelos fatos¹³⁸.

Isto significa que o direito natural é, decerto, imutável, em suas grandes linhas ou em seus primeiros princípios, mas suas aplicações pormenorizadas podem diferir "segundo o grau de civilização das raças ou das épocas"¹³⁹, seu conhecimento pode não ser perfeito em todos os homens ou só se desenvolve pouco a pouco, com os progressos da consciência moral¹⁴⁰.

44. No Direito das Gentes, a doutrina tradicional do direito natural, retomada contemporaneamente, no que tinha de essencial¹⁴¹, por alguns dos mais preclaros internacionalistas europeus e americanos, como que se impõe, pela coerência de seus princípios, e parece, hoje, vencedora.

Segundo Le Fur, que foi um de seus mais ilustres e competentes intérpretes¹⁴², ela se constituiu sobre a observação dos fatos. Para essa doutrina, "o direito não é uma simples fórmula, a expressão da vontade arbitrária do Estado; ele tem um fim, um conteúdo, que é sua es-

138 Le Fur, em "La théorie du droit naturel", *R.d.C.*, 18, 1927-III, p. 389, disse que "o direito natural propriamente dito não é variável, porque só contém as aplicações imediatas desse sentido da justiça, universal no homem – o que precisamente lhe fez dar o nome de natural" ... (veja-se, no mesmo sentido, Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, p. 181). Acrescentou, porém, que, no tocante às suas aplicações, o direito natural ou objetivo "é suscetível de um desenvolvimento indefinido" ("Les grands problèmes du droit", p. 188). – Sobre a tese da imutabilidade, veja-se Truyol, *Fundamentos de D.N.*, pp. 24-27. Truyol também parte da doutrina de S. Tomás, quando este disse que "a lei natural é uma mesma em todos os homens, no que se refere aos primeiros princípios, tanto no tocante à sua retidão ou verdade prática, quanto no tocante à sua apreciação ou cognoscibilidade". E indica que Suárez adotou ponto de vista parecido, ao afirmar que a lei natural é a mesma em todos os homens, quanto à substância, mas não está em todos quanto ao conhecimento, se bem que os primeiros princípios e universais são tão manifestos, por seus termos, e tão conformes e adequados à inclinação natural da razão, que não podem ser negados ou ignorados *op. cit.*, p. 24). Cf. Rommen, *Le droit naturel*, p. 255 e, especialmente, p. 260.

139 Le Fur, "Guerre juste et juste paix", na *RGDIP*, 26, 1919, p. 295; Leo Strauss, "Natural Right and the Historical Approach", em *The Review of Politics*, vol. 12, nº 4, 1950, p. 422, diz, em análogo sentido: "Alguns dos maiores mestres do direito natural têm sustentado que, precisamente se o direito natural é racional, seu descobrimento pressupõe o cultivo da razão e, por isto, o direito natural não será universalmente conhecido: ninguém deve mesmo esperar qualquer real conhecimento do direito natural entre os selvagens". J. Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Paris, 1947, pp. 66-67.

140 Le Fur, *Règles générales*, p. 172.

141 O grande e respeitado mestre do direito das gentes contemporâneo, que foi A. de La Pradelle, em sua obra *Matrizes et doctrines* (2ª ed., 1950, p. 369) disse que Le Fur foi "o mestre incontestado" da filosofia do direito, na França de seu tempo, e teve "o grande mérito" de fazer a filosofia do direito "entrar no direito das gentes".

sência e se resume na noção do bem comum, o bem do grupo, nacional ou mundial, que está destinado a reger."¹⁴³

Entre os seus princípios, está, como vimos, a regra de que os compromissos devem ser observados (*pacta sunt servanda*). Mas não se considera que esta regra por si só – como chegaram a admitir certos internacionalistas positivistas – possa constituir o fundamento de todo o direito das gentes; quando muito, se admitirá que ela seja um fundamento indireto, pois envolve um princípio de justiça. E o que forma a essência do direito natural é precisamente a ideia de uma justiça superior aos fatos.

Seja como for, é cada vez maior o número dos internacionalistas para os quais o direito natural constitui o verdadeiro fundamento do direito internacional, e que sustentam, pois, estar na consciência do homem a verdadeira base da obrigatoriedade deste último.¹⁴⁴

“O fato de que a consciência jurídica possui força normativa” – disse Spiropoulos¹⁴⁵ – “basta para dar-nos um ponto de partida suficiente no que toca ao caráter obrigatório do direito. Donde vem o caráter normativo da consciência jurídica? Não o sabemos, nem tampouco poderemos sabê-lo. Bem se poderia dizer que o caráter normativo da consciência jurídica tem Deus por origem”. Mas concluiu o mesmo autor, é suficiente dizer-se que o direito internacional se funda na consciência jurídica.¹⁴⁶

45. No direito internacional positivo contemporâneo, tem-se mencionado um texto em que muitos autores encontram a consagração do direito natural e que Lauterpacht disse ter sido “golpe mortal no

143 Le Fur, “La théorie du droit naturel”, *R.d.C.*, 18, 1927-III, pp. 438-439.

144 Cf. H. Krabbe, “L'idée moderne de l'État”, *R.d.C.*, 13, 1926-III, p. 577. Convém não confundir as regras jurídicas com as regras morais; ambas se impõem à consciência do homem, mas só as primeiras são suscetíveis de receber uma sanção positiva.

145 I. Spiropoulos, “Le fondement du droit international”, na *R.D.I.*, III (1929), p. 129. Convém lembrar que ulteriormente, conforme vimos, esse autor mudou de ideias.

146 G. Salvoyi (“La Règle de droit international”, *R.d.C.*, 73, 1948-II, p. 388) foi, acertadamente, mais positivo a esse respeito, ao basear a solução do problema do fundamento do caráter obrigatório do direito internacional “nos princípios de verdade eterna que encontram sua origem em Deus, legislador da justiça – concepção que se apoia, além disso, na realidade viva, porquanto, no universo, Deus, é a fonte suprema reguladora do que é criado”. Por seu lado, François Geny (*Méthode d'interprétation*, p. 481, nota 2) observou que “esses princípios de justiça superior, revelados pela razão, são reconhecidos como indispensáveis no domínio do direito internacional público; e as chancelarias não hesitam em afirmar, embora às vezes a esqueçam, na prática, a supremacia necessária do ideal de direito e de equidade”.

positivismo”¹⁴⁷. É o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que reproduz, em termos quase iguais, o artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, e segundo o qual a Corte mundial poderá aplicar, em suas decisões, “os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”¹⁴⁸.

Embora nos pareça indiscutível que os princípios gerais a que se refere o citado artigo 38 do Estatuto da Corte têm conexão estreita com o direito natural ou objetivo e encontram seu fundamento nas noções de justiça e moralidade inatas no homem, não queremos insistir nesse ponto, a cujo respeito as opiniões ainda divergem bastante, ou não são muito precisas.¹⁴⁹

É, porém, digno de nota que, conforme indica Paul de La Pradelle, “uma inesperada ilustração da renascença contemporânea do direito objetivo ou natural se encontra na célebre sentença do Tribunal Militar Internacional de Nurembergue, de 30 de setembro e 1º de outubro de 1946”, na qual se afirmaram “os elementos mais puros da doutrina do direito natural”¹⁵⁰.

Por outro lado, merece ser assinalado o fato de que a lei do Estado da Cidade do Vaticano, de 7 de junho de 1929, sobre as fontes do direito,

147 Lauterpacht, “Regles générales de la paix”, *R.d.C.*, 62, 1937-IV, p. 164. Ulrich Scheune disse, por sua vez, que “a teoria dos princípios gerais é o sinal da derrota do positivismo jurídico na ciência e na prática internacionais” (“L'influence du droit interne dans la formation du droit international”, *R.d.C.*, 68, 1939-II, p. 161).

148 Segundo Truyol (*É de D.I.P.*, p. 22, e *F. del D.N.*, pp. 35/36), tais princípios são os do direito natural. Mais ou menos em igual sentido: Legaz y Lacambra, *Filosofia del Derecho*, p. 431, e Lauterpacht, *loc. cit.*, p. 164. – Le Fur, no *Précis*, 3ª ed., nº 387, p. 198, chegou a dizer que “são a fonte profunda, a fonte real do direito internacional”, mas logo acrescenta (*ibidem*), nº 454, p. 241) que a expressão, tal como usada no citado artigo do Estatuto da corte, “não é muito clara”. E, nas *Regles générales* (p. 205), assim se exprimiu: “Ser exagerado dizer-se, como fazem certos autores, que os princípios gerais de direito exigendem com o direito natural ou objetivo”. Acrescentou, entretanto, que os ditos princípios “decorrem diretamente do direito natural ou objetivo” (*ibidem*). Neste último sentido, veja-se Verdross, em “Les principes généraux du droit comme source du droit de gens”, *Recueil Geny*, III, p. 307. Cf. Le Fur, em “La coutume et les principes généraux (droit) comme source du droit international public”, *Recueil Geny*, III, p. 268.

149 O texto completo da alínea c do art. 38 – segundo recorda Paul de Geouffre de La Pradelle (*Cours de Droit International Public*, Aix-en-Provence, 1954, pp. 47-48) – foi o resultado um compromisso, não da Comissão de Juristas que elaborou o ante-projeto do Estatuto primeira Corte e sim da Assembleia da Liga das Nações, que lhe acrescentou a segunda parágrafo (“reconhecidos pelas nações civilizadas”), introduzindo assim, na fórmula adotada, um espécie de referência ao direito interno. O mesmo autor observa que, em compromissos arbitrais e na Convenção nº XII da Haia (1907), relativa ao estabelecimento de uma Corte Internacional de Pesar, já havia referências aos “princípios gerais da justiça e da equidade”. Paul de Geouffre de La Pradelle, *op. cit.*, pp. 24-25.

estabelece, no artigo 22, que, na falta de regra jurídica precisa ou quando, por algum motivo, for inaplicável o recurso, a título suplementar, da legislação italiana, o juiz, "fundando-se nos preceitos do direito divino e do direito natural, bem como nos princípios gerais do direito canônico", dará sua decisão aplicando o critério que seguiria se fosse o legislador.¹⁵¹

Finalmente, parece que se pode registrar como adesão à doutrina do direito natural a declaração da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em data ainda recente, segundo a qual "o princípio da boa-fé e o igualmente fundamental princípio do respeito às obrigações de um tratado"... "estão na base real do direito internacional"¹⁵².

SEÇÃO IV

FONTES

46. Alguns autores divergem, muitas vezes, quanto ao sentido e ao alcance da expressão *fontes do direito internacional público*¹⁵³. Diversos a confundem com o próprio fundamento desse direito. Outros nela incluem apenas os documentos que consignam as regras jurídicas internacionais ou certos atos públicos que provam a existência de tais regras. Outros, ainda, a consideram como sinônimo dos fatos históricos da vida internacional, dos quais parecem decorrer as referidas regras.

Quando, no entanto, aqui se fala em fontes do direito internacional, o que temos em vista são os modos de formação ou manifestação desse direito, ou os modos de sua realização, e dos quais dimanam diretamente os direitos e as obrigações das pessoas internacionais.¹⁵⁴

47. Assim entendida, a expressão corresponde ao que se estipulou no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como base

para a aplicação do direito internacional nas controversias que sejam submetidas àquele tribunal.

Nesse sentido, consideram-se como fontes do direito internacional: os princípios gerais de direito, o costume e os tratados ou convenções internacionais.¹⁵⁵

A primeira dessas fontes é chamada *real*, por ser a verdadeira, ou fundamental, e a que pode fornecer elementos para a interpretação do direito positivo.¹⁵⁶ As duas outras são *formais* ou positivas, e, se não são as únicas dessa natureza, são pelo menos as duas grandes fontes diretas e incontestadas do direito internacional positivo.¹⁵⁷

Com relação aos princípios de direito, pensamos, conforme se deduz do que atrás ficou dito, que se devem considerar como tais certas normas de justiça que dimanam diretamente do direito natural¹⁵⁸ e são geralmente reconhecidas pelas nações civilizadas, em seus respectivos direitos internos.

Isto não quer dizer, sem dúvida, que tais princípios sejam limitados por seu reconhecimento em direito interno. De fato, como observou A. Raestrød, esse reconhecimento é apenas uma prova da existência de muitos desses princípios, pois alguns não têm equivalentes no direito interno.¹⁵⁹

153 A 1ª sub-comissão da 3ª comissão da 1ª Conferência para a codificação do direito internacional, reunida na Haia em 1930, reconheceu, a propósito do projeto de convenção sobre a responsabilidade dos Estados, que as obrigações internacionais existem "em virtude do direito convencional ou costumeiro, assim como dos princípios gerais do direito" (S.d.N., "Actes de la Conférence pour la codification du D.I.", IV, pp. 161 e 235). A mesma ideia foi retomada, mais tarde, pela 21ª comissão do Instituto de Direito Internacional, reunida no Luxemburgo em agosto de 1933 e da qual o prof. Verdross foi relator.

154 Le Fur, em *Les grands problèmes*, p. 261, disse que "a maior parte dos internacionalistas reconhecem que o Estatuto da Corte, em seu art. 38, quando cita... os princípios gerais... faz alusão ao direito racional ou objetivo, que não é outro... senão o direito natural tradicional...". Balladore Pallieri, 5ª ed., Milano, pp. 54 e 61, combate a ideia de que os tratados-contratos sejam incluídos entre as fontes do direito das gentes, porque, em geral, "contêm apenas reciprocos e livres acordos entre os Estados, para matérias de interesse comum".

155 Le Fur, *Règles générales*, p. 205. Legaz y Lacambra (*Filosofía del Derecho*, p. 431) entende que "os princípios gerais do direito são princípios fundamentais de validade universal e absoluta, ou sejam: princípios de direito natural".

156 V. a ata da 2ª sessão da 21ª comissão do Instituto de Direito Internacional, no Luxemburgo, a 23 de agosto de 1933, na R.D.I., XIII (1934), p. 325. Verdross sustentou o mesmo ponto de vista ("Les principes généraux du droit", *ibidem*, p. 498), ao escrever que "os princípios gerais do direito aplicáveis nas relações internacionais não são apenas os que se acham na base do direito interno, mas também outros, tirados diretamente da natureza do próprio direito internacional". (V. também Verdross, "Les principes généraux du droit applicables

151 O texto da lei citada acha-se em Le Fur, *Le Saint-Siège et le droit des gens*, Paris, 1930, pp. 254-264. Cf. G. Battaglini, "La questione delle fonti specie in rapporto al diritto penale", em *Revueil Gény*, III, sfd (1934), pp. 303-304, nota 30.

152 U. N., *Report of the International Commission*, 5ª sessão, 1953, Gen. Ass., suplem. nº 9 (A/2456), p. 4.

153 Cf. Oppenheim-Lauterpacht, I, § 15, p. 24; Max Sorensen, *Les sources du droit international*, 1946, p. 13; Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, pp. 379-380.

154 "Por motivos de clareza e precisão" - diz Herbert W. Briggs (*The Law of Nations*, 2ª ed., 1953, p. 44) - "parece preferível empregar o termo fontes do direito internacional num sentido formal, como indicando os métodos ou processos pelos quais o direito internacional é criado".