D C J U R Í D I C O

Preparatório para a Magistratura e o Ministério Público

MATERIAL DE ESTUDO

D I R E I T O I N T E R N A C I O N A L

B L O C O 3

Fontes do Direito Internacional e o Costume

Você quer um curso ou você quer aprovação?

Instagram @juridico.dc
WhatsApp +55 37 8411-9236
dcpreparatorio@gmail.com



DIREITO INTERNACIONAL

Fontes do Direito Internacional e o Costume

1. FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL: NOÇÕES GERAIS

No Direito Internacional, assim como na teoria geral do direito, a expressão fontes do direito remete à distinção básica entre fontes materiais e fontes formais.

1.1. Fontes materiais e fontes formais

As **fontes materiais**, também denominadas fontes criadoras, reais ou profundas, são as causas de ordem social que determinam a necessidade da norma jurídica. São os fatos que demonstram a necessidade e a importância da formulação de preceitos jurídicos destinados a regular certas situações. Exemplo paradigmático é a Segunda Guerra Mundial, fonte material de todo o arcabouço normativo da proteção internacional da pessoa humana.

As **fontes formais** são os procedimentos, a forma de produção e de exteriorização das normas na vida social. Correspondem ao modo de revelação da norma jurídica e dos valores que ela pretende tutelar.

As fontes materiais das normas internacionais são objeto de estudo atinente à ciência das Relações Internacionais, uma vez que se referem às condições políticas e sociais que condicionam a criação normativa. Em analogia à terminologia clássica, são os fatores reais de poder presentes na sociedade internacional. As fontes formais, por sua vez, são o resultado das tensões e dos consensos desses fatores reais de poder. Assim como no âmbito interno, portanto, a fonte material **antecede** a fonte formal.

> **ALERTA — UMA DISTINÇÃO EQUIVOCADA QUE CIRCULA NA DOUTRINA**
>
> Parte da doutrina sustenta que os princípios gerais do direito seriam fontes **materiais** do Direito Internacional, enquanto os tratados e o costume seriam fontes **formais**.
>
> A classificação é equivocada, pois confunde fonte do direito com norma do direito. Princípios são **espécies normativas**, ao lado das regras, e podem estar previstos tanto em tratados quanto em costumes ou em outras fontes.
>
> A confusão não é inofensiva: ela reaparece na redação do próprio art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, examinado adiante, e é fonte recorrente de erro em prova objetiva.

1.2. A relação com o fundamento da disciplina

O estudo das fontes é intimamente ligado à temática do fundamento do Direito Internacional, examinada no bloco introdutório. A articulação é direta e convém explicitá-la.

Adotar teoria **voluntarista**, como a da autolimitação, é afirmar que apenas os Estados podem criar as fontes formais do Direito Internacional. Adotar teoria **jusnaturalista** equivale a dizer que o direito preexiste à positivação normativa, de modo que os tratados declarariam direitos que sempre existiram.

É precisamente na aplicabilidade prática, em especial no estudo das fontes formais, que as incompletudes das teorias sobre o fundamento se expõem. As teorias voluntaristas não conseguem demonstrar por que algumas normas independem da anuência dos Estados. As não voluntaristas esbarram na historicidade dos direitos, no caráter constitutivo dos tratados e na possibilidade de não oponibilidade de algumas normas aos Estados por ausência de anuência, questão que reaparecerá no exame dos novos Estados e do objetor persistente.

1.3. Fontes e processo de produção normativa

Antes de examinar o rol do art. 38, convém registrar característica estrutural que distingue a produção normativa internacional da interna e que explica a configuração das fontes.

No direito interno, há órgão legislativo com competência definida, procedimento predeterminado e hierarquia de fontes estabelecida pela Constituição. No Direito Internacional, não há legislador, não há procedimento único e, como se verá, não há hierarquia entre as fontes. Os próprios destinatários da norma são seus criadores, o que caracteriza a produção normativa como **descentralizada e horizontal**, em coerência com as características da sociedade internacional examinadas no bloco introdutório.

Daí decorrem duas consequências para o estudo das fontes. A primeira é que a identificação da norma aplicável exige esforço reconstrutivo que o direito interno dispensa, sobretudo quanto ao costume. A segunda é que a solução de antinomias não pode recorrer ao critério hierárquico entre formas, restando os critérios cronológico e da especialidade e, excepcionalmente, a hierarquia material das normas imperativas.

2. O ART. 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

2.1. Origem e texto

As fontes do Direito Internacional surgiram ao longo da história e foram consolidadas no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, firmado no âmbito da Sociedade das Nações. Posteriormente, essa corte foi substituída pela Corte Internacional de Justiça, que, no art. 38 de seu Estatuto, elencou as espécies de normas jurídicas que aplicará para decidir os casos a ela submetidos. Como o rol considerou as principais fontes do Direito Internacional Público, passou a ser visto pela doutrina, possivelmente por unanimidade, como verdadeiro rol de suas fontes.

ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA — ART. 38

Artigo 38.

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer 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 ressalva da disposição do artigo 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.

2.2. Classificações decorrentes do dispositivo

Do texto extraem-se três classificações de uso corrente, todas de incidência frequente.

2.2.1. Fontes primárias e secundárias

A classificação mais evidente opõe **fontes primárias**, também chamadas principais, a **fontes secundárias** ou auxiliares. As primárias inovam no mundo jurídico por meio de obrigações, vedações e permissões a seus destinatários: são os tratados, os costumes internacionais e os princípios gerais de direito. As secundárias explicitam e não criam regras de Direito Internacional, apenas auxiliando a aplicação das primárias: são a jurisprudência e a doutrina.

Observação crítica relevante aponta que, atualmente, as diferentes funções atribuídas por essa classificação acabam por se sobrepor. Tratados, muitas vezes, nada mais fazem que reiterar normas costumeiras, enquanto as decisões dos tribunais internacionais acabam por criar obrigações aos sujeitos do Direito Internacional, de modo semelhante ao que ocorre nos judiciários locais.

2.2.2. Fontes convencionais e não convencionais

As **fontes convencionais** resultam do acordo de vontades dos sujeitos de Direito Internacional, categoria em que se incluem os tratados e, para parte da doutrina, também o costume, ponto polêmico porque a adesão ao costume não é expressa. As **fontes não convencionais**, ou extraconvencionais, são fruto da evolução da realidade internacional: os atos unilaterais dos Estados, a jurisprudência dos tribunais internacionais e as decisões das organizações internacionais.

2.2.3. Fontes estatutárias e extraestatutárias

Fontes estatutárias	Fontes extraestatutárias
Tratados.	Atos unilaterais dos Estados.
Costume internacional.	Atos unilaterais e decisões de organizações internacionais.
Princípios gerais de direito e do Direito Internacional Público.	*Soft law*.
Jurisprudência, como meio auxiliar.	
Doutrina, como meio auxiliar.	

A jurisprudência e a doutrina são meios auxiliares para a determinação das regras de direito, não sendo propriamente fontes como os tratados, o costume internacional e os princípios gerais de direito.

2.3. Caráter exemplificativo do rol

O dispositivo, fortemente influenciado pela teoria da autolimitação do Estado, está historicamente defasado e traz enumeração **exemplificativa** das fontes formais do Direito Internacional. Atualmente, os atos unilaterais dos Estados e as decisões das organizações internacionais são comumente citados como fontes formais, embora não figurem no rol.

Registre-se, em sentido delimitador, que o contrato internacional e a *lex mercatoria* podem ser considerados fontes de Direito Internacional **Privado**, mas não de Direito Internacional Público. Igualmente, o *gentlemen's agreement* não se qualifica como forma de tratado, cuidando-se de meros entendimentos entre representantes de sujeitos de Direito Internacional.

2.4. Ausência de hierarquia entre as fontes

Questão da mais alta importância é a **inexistência de hierarquia** entre as fontes formais do Direito Internacional. Não há hierarquia entre as fontes, ainda que possa haver hierarquia entre normas jurídicas internacionais, como ocorre com as normas de *jus cogens*, examinadas em bloco próprio.

A distinção é sutil e decisiva. A ausência de hierarquia é entre as **formas** de revelação da norma: um costume é tão Direito Internacional positivo quanto um tratado. A hierarquia que existe é de **conteúdo**: a norma imperativa prevalece sobre a dispositiva, qualquer que seja a forma em que uma e outra se exteriorizem.

Historicamente, a fonte mais empregada era o costume; atualmente prevalecem os tratados. A importância dos tratados é, porém, prática, e não hierárquica: decorre de serem escritos e de resultarem de processo mais democrático de formação.

2.5. A codificação do Direito Internacional

Tema conexo ao das fontes, e de incidência frequente, é o da codificação. A Carta das Nações Unidas, em seu art. 13, parágrafo 1, alínea "a", incumbe a Assembleia Geral de promover estudos e fazer recomendações com o fim de incentivar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e a sua codificação.

O instrumento criado para essa finalidade é a **Comissão de Direito Internacional**, órgão subsidiário da Assembleia Geral composto por juristas de reconhecida competência, eleitos a título individual, e não como representantes de seus Estados. É dessa Comissão que resultaram os projetos convertidos em convenções centrais da disciplina, como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, e os projetos de artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, examinados em bloco próprio.

A codificação cumpre dupla função, e a distinção é relevante. Em sua dimensão **declaratória**, reduz a escrito costume preexistente, conferindo-lhe precisão e facilitando sua prova. Em sua dimensão **constitutiva** ou de desenvolvimento progressivo, cria norma nova, que poderá, com o tempo, converter-se também em costume e obrigar Estados não partes.

> **INFORMAÇÃO — OS PROJETOS DE ARTIGOS E SUA NATUREZA**
>
> Os projetos de artigos elaborados pela Comissão de Direito Internacional que não foram convertidos em convenção, ou que ainda não entraram em vigor, suscitam questão relevante quanto a sua natureza.
>
> Não são tratados, pois não houve adesão nem ratificação. Não são, tecnicamente, *soft law* em sentido estrito, pois não emanam de órgão político. Sua força decorre de constituírem a formulação mais autorizada do conteúdo do costume internacional vigente na matéria, razão pela qual são invocados pelas cortes internacionais como evidência da norma consuetudinária.
>
> O caso mais relevante é o dos artigos sobre responsabilidade internacional do Estado por atos ilícitos, de 2001, que não se converteram em convenção, mas são universalmente citados como expressão do direito costumeiro na matéria.

2.6. Críticas ao dispositivo

Três críticas doutrinárias ao art. 38 merecem registro, úteis sobretudo em prova dissertativa e oral.

A primeira dirige-se à expressão **"nações civilizadas"**, na alínea "c". O termo indicaria distinção qualitativa entre os Estados, e não entre nações, todos soberanos e formalmente iguais. A expressão é resquício do contexto histórico de elaboração do dispositivo e é hoje universalmente repudiada.

A segunda dirige-se à referência a **princípios gerais de direito** como fonte autônoma, na mesma alínea. A crítica reitera a confusão entre forma, isto é, tratados, costumes, atos unilaterais e jurisprudência, e conteúdo normativo, isto é, regras e princípios. Princípios são espécies normativas que podem estar previstas tanto em tratados quanto em costumes internacionais.

A terceira dirige-se ao parágrafo 2, que faculta à Corte decidir *ex aequo et bono*, se as partes concordarem. A **equidade** não é fonte, mas critério de decisão no caso concreto, isto é, justiça aplicada ao caso, sem criar norma jurídica nova. No mesmo sentido, tanto a analogia quanto a equidade não são fontes do Direito Internacional propriamente, mas formas de complementação sistêmica nas hipóteses de falta de normas.

> **ATENÇÃO — PEGADINHAS RECORRENTES SOBRE O ART. 38**
>
> Convém distinguir as etapas do certame. As considerações críticas acima são úteis para as fases dissertativa e oral; em etapas objetivas, é recorrente a cobrança **literal** do art. 38.

Quatro armadilhas são comuns. A primeira é afirmar que existe hierarquia entre as fontes, o que é incorreto. A segunda é apresentar a equidade como fonte formal obrigatória, quando ela é critério de decisão dependente da concordância das partes. A terceira é confundir **princípios gerais de direito**, previstos na alínea "c", com **princípios do Direito Internacional**, que são conteúdo normativo revelado por qualquer das fontes. A quarta é afirmar a taxatividade do rol, quando ele é exemplificativo.

3. COSTUME INTERNACIONAL: NOÇÕES

3.1. Conceito e importância

O costume internacional é a fonte **mais antiga** do Direito Internacional. Não havendo um legislativo universal, a prática reiterada de atos pelos Estados, reconhecida como juridicamente vinculante, forjou os primórdios das relações entre os Estados e ainda desempenha papel relevante no desenvolvimento da disciplina.

Define-se o costume internacional como a prática **geral, uniforme e reiterada** dos sujeitos de Direito Internacional, reconhecida como **juridicamente exigível**.

3.2. Matérias regidas primordialmente por costume

Algumas matérias são reguladas primordialmente por costumes internacionais, e o registro é relevante porque explica a estrutura de blocos posteriores desta coleção.

- A **responsabilidade internacional** do Estado, cujo regime permanece em larga medida consuetudinário, apesar dos trabalhos de codificação.
- As **imunidades dos Estados**, igualmente de base costumeira no que se refere à imunidade de jurisdição e de execução.
- O **direito diplomático**, que por séculos foi regido por costumes internacionais, inicialmente positivados no Congresso de Viena de 1815 e posteriormente nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, e sobre Relações Consulares, de 1963.

O movimento de institucionalização e de codificação das normas internacionais não impede a formação de novas normas consuetudinárias, principalmente em razão da dinamicidade de seu estabelecimento. A codificação de um costume em tratado, por outro lado, não o extingue como costume: a norma passa a existir sob duas formas simultâneas, o que produz consequências relevantes examinadas adiante.

DOUTRINA — POR QUE O COSTUME SUBSISTE EM UM DIREITO CODIFICADO

Poderia parecer que o avanço da codificação tornaria o costume figura residual. A conclusão é incorreta, e três razões o demonstram.

A primeira é de **alcance**: o costume universal obriga todos os Estados, enquanto o tratado obriga apenas as partes. Em matérias de interesse geral, a norma costumeira alcança o Estado que recusou a convenção, o que faz dela instrumento insubstituível.

A segunda é de **velocidade**: a formação costumeira é dinâmica e dispensa procedimento, podendo responder a situações novas antes que a negociação convencional se conclua. É o que explica a figura do costume instantâneo, examinada adiante.

A terceira é de **interpretação**: a norma convencional é lida à luz da prática subsequente das partes, nos termos do art. 31 da Convenção de Viena, de modo que o elemento consuetudinário permanece operante mesmo dentro do regime convencional.

3.3. Teorias sobre o surgimento do costume

Quatro teorias fundamentam o surgimento dos costumes internacionais, e cada uma se articula com uma das posições sobre o fundamento da disciplina.

Teoria do consentimento: o costume surge mediante pacto tácito entre os Estados. O uso inicial é oferecido por uma parte e aceito pela outra. A teoria articula-se com a autolimitação do Estado.

Teoria da submissão: as normas costumeiras surgem com o passar do tempo e são consagradas pela convicção de sua efetividade obrigatória em perspectiva jurídica. Articula-se com a vontade coletiva e com o consentimento das nações.

Teoria da origem unilateral: o costume surge da prática de um Estado isoladamente que, posteriormente, é confirmada por outros Estados, os quais concordam, expressa ou tacitamente, com ela.

Teoria objetiva: o costume é a expressão de norma objetiva, situada acima da vontade de um Estado. Articula-se com as correntes não voluntaristas.

4. ELEMENTOS DO COSTUME INTERNACIONAL

Para a caracterização do costume são necessários dois elementos cumulativos, cuja memorização, inclusive na terminologia latina, é indispensável.

Elemento	Denominações	Conteúdo
Objetivo	Material, ou *inveterata consuetudo*.	Uso reiterado e uniforme de uma ação pelos sujeitos do Direito Internacional; prática generalizada, reiterada, uniforme e constante de um ato.
Subjetivo	Imaterial, espiritual, psicológico, ou *opinio iuris*.	Crença de que a conduta desempenhada é juridicamente vinculante, isto é, convicção de obrigatoriedade.

4.1. O elemento objetivo

O uso exige a repetição de comportamento de determinada natureza no tempo, não sendo possível fixar critérios rígidos de apuração. Não há, portanto, prazo mínimo legalmente estabelecido para a formação de um costume internacional, nem número determinado de Estados cuja prática seja indispensável.

INFORMAÇÃO — COSTUMES INSTANTÂNEOS

Sustenta-se que, em razão das contingências da vida moderna, é possível a criação de **costumes instantâneos**, desde que presentes circunstâncias que prescrevam regras válidas, sem necessidade de longo período para sua formação.

O exemplo clássico é o do lançamento do primeiro satélite artificial, em 1957, cuja passagem pelos territórios dos Estados não foi considerada violação às respectivas soberanias. Formou-se, assim, costume instantâneo relacionado à **liberdade de acesso ao espaço**, posteriormente positivado nos tratados sobre o espaço exterior examinados em bloco próprio.

A figura demonstra que o elemento objetivo não se mede exclusivamente pela duração, mas pela densidade da prática e pela ausência de oposição relevante dos demais sujeitos.

4.2. O elemento subjetivo

A convicção de obrigatoriedade não deve ser compreendida como algo relacionado a qualquer espécie de psicologia coletiva. Deve-se ter em conta a interpretação funcional e normativa da manifestação e da vontade do sujeito de Direito Internacional ou de seus órgãos, aferida objetivamente a partir dos atos praticados ou deixados de praticar, entre os quais se destacam o **reconhecimento**, o **protesto** e a **notificação**.

A Corte Internacional de Justiça formulou o ponto com precisão no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, de 1969. Os atos não apenas precisam quantificar uma prática sedimentada, mas devem também ser capazes de indicar o sentido de evidenciar a crença de que tal prática é obrigatória pela existência de regra jurídica que a requeria. A necessidade dessa crença, isto é, a existência de elemento subjetivo, está implícita na noção de *opinio iuris sive necessitatis*. Os Estados envolvidos devem sentir que estão em conformidade com o que equivale a uma obrigação jurídica, de modo que a frequência, ou mesmo o caráter habitual de tais atos, não é suficiente em si.

4.3. Distinção em relação aos meros usos e à cortesia internacional

O costume internacional diferencia-se dos **meros usos** e das **práticas de cortesia internacional** precisamente por contar com os dois requisitos, objetivo e subjetivo. A prática de cortesia é observada, mas sem convicção de obrigatoriedade jurídica: o Estado que a abandona não comete ilícito internacional, apenas descortesia.

Convém advertir, porém, que meros usos e práticas de cortesia **podem vir a se tornar costume**, se presentes ambos os elementos. A fronteira não é estanque, e parte significativa do direito diplomático percorreu exatamente esse caminho, da cortesia à obrigatoriedade e, depois, à codificação convencional.

> **DOUTRINA — A COMITAS GENTIUM**
>
> A expressão *comitas gentium* designa a cortesia internacional e tem relevância histórica no desenvolvimento do Direito Internacional Privado, matéria examinada em bloco próprio.
>
> Na Escola Holandesa, entendia-se que o direito tinha caráter apenas territorial, de modo que o estrangeiro tinha a obrigação de acatar a lei nacional e submeter-se a seus ditames. Por motivos de cortesia internacional, abria-se exceção e o Estado poderia aplicar a lei pessoal do estrangeiro.
>
> A construção sustentava-se em três proposições. As leis de cada Estado operam dentro das respectivas fronteiras e obrigam todos os seus súditos, mas não além desses limites. Súditos de um Estado são todos os que se encontram em seu território, residentes ou não. E, por cortesia, os soberanos conduzem-se de modo a tornar possível que as leis de cada país, depois de aplicadas dentro de suas fronteiras, conservem força e eficácia em toda parte, contanto que daí não advenha prejuízo aos direitos de outro soberano ou de seus cidadãos.
>
> A ideia fundamental é, portanto, a da territorialidade, assegurando-se à lei efeito extraterritorial por apelo à *comitas*, e não por dever jurídico. O Estado pode ordenar a seus juízes que apliquem ocasionalmente leis estrangeiras, mas não porque a isso esteja obrigado perante o Estado estrangeiro, e sim *ex comitate*, por espécie de conveniência recíproca, na esperança de que o Estado estrangeiro proceda de igual modo.

4.4. Quadro comparativo entre costume e tratado

A comparação entre as duas fontes convencionais principais consolida o estudo e antecipa os temas dos blocos seguintes.

Critério	Costume internacional	Tratado internacional
Forma	Não escrito; reconstruído a partir da prática e da convicção de obrigatoriedade.	Escrito, por exigência da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.
Formação	Espontânea e difusa, sem procedimento predeterminado.	Procedimental, com negociação, assinatura, ratificação e entrada em vigor.

Critério	Costume internacional	Tratado internacional
Prova	Deve ser provado pela parte que o invoca, por meios diversos.	Comprova-se pelo próprio instrumento e pelo registro junto ao Secretariado das Nações Unidas.
Alcance subjetivo	Pode obrigar Estados que não participaram de sua formação, inclusive novos Estados.	Obriga, em regra, apenas as partes, conforme o princípio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.
Possibilidade de recusa	Admite a figura do objetor persistente, em posição controvertida.	Admite reservas, nos limites do art. 19 da Convenção de Viena, e a não adesão.
Extinção	Inobservância contínua, com perda da *opinio iuris*, ou norma oposta superveniente.	Causas de extinção previstas na Convenção de Viena, inclusive denúncia e violação substancial.

Observe-se que a diferença mais consequente é a do alcance subjetivo. O costume universal obriga independentemente de participação na formação, enquanto o tratado, em regra, obriga apenas as partes. É precisamente essa diferença que explica a relevância prática da discussão sobre a natureza costumeira de instrumentos não vinculantes, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, examinada adiante.

5. CLASSIFICAÇÕES DOS COSTUMES INTERNACIONAIS

5.1. Quanto aos intervenientes

Tomando como critério os intervenientes da relação jurídica, identificam-se três dimensões dos costumes internacionais.

Dimensão intergovernamental ou diplomática: quando praticados pelos Estados. É a dimensão a que o estudo tradicional nos manuais se restringe.

Dimensão transgovernamental ou paradiplomática pública: quando praticados por organizações internacionais.

Dimensão transnacional ou paradiplomática privada: quando praticados por seres humanos e, principalmente, por empresas privadas transnacionais.

A distinção é relevante porque evidencia que a formação de normas consuetudinárias não é monopólio estatal, o que dialoga com a crítica à concepção clássica dos sujeitos do Direito Internacional examinada no bloco introdutório.

5.2. Quanto à extensão geográfica

Quanto à extensão geográfica, os costumes classificam-se em universais e particulares.

O **costume internacional universal** atinge toda a sociedade internacional, independentemente de o sujeito ter participado de sua formação.

O **costume internacional particular** atinge número restrito de sujeitos e subdivide-se em duas espécies. O **regional** atinge grupo determinado de Estados ou organismo internacional em contexto regional, e foi admitido pela Corte Internacional de Justiça em caso de 1950 sobre asilo diplomático, no qual se reconheceu que o asilo político constituía costume regional latino-americano. O **local** é atinente a relações bilaterais, entre dois Estados determinados.

Espécie	Alcance	Observação
Universal	Toda a sociedade internacional.	Obriga independentemente da participação do sujeito em sua formação, ressalvadas as discussões sobre novos Estados e objetor persistente.

Espécie	Alcance	Observação
Particular regional	Grupo determinado de Estados em contexto regional.	Reconhecido pela Corte Internacional de Justiça quanto ao asilo político na América Latina.
Particular local	Relações bilaterais entre dois Estados.	Hipótese mais restrita, exigindo prova rigorosa da prática e da convicção de obrigatoriedade entre os dois sujeitos.

6. RELAÇÃO ENTRE COSTUME E TRATADO

6.1. Ausência de hierarquia e suas consequências

Como assentado, não há hierarquia entre costumes e tratados internacionais. Dessa premissa decorre a possibilidade de um tratado ser derrogado por costume superveniente, como quando o tratado deixa de ser aplicado, sendo substituído por norma costumeira, sendo a recíproca verdadeira, isto é, podendo o costume ser derrogado por tratado.

> **ATENÇÃO — A QUESTÃO CLÁSSICA DA REVOGAÇÃO RECÍPROCA**
>
> A matéria é objeto de questão objetiva recorrente, cuja formulação típica é a seguinte: costumes podem revogar tratados e tratados podem revogar costumes.
>
> A assertiva é **correta**. Quando a Corte Internacional de Justiça enumera, no art. 38 de seu Estatuto, o tratado, o costume e os princípios gerais de direito como fontes, não estabelece hierarquia entre elas. Um costume é tão Direito Internacional positivo quanto um tratado.
>
> Convém, porém, dominar a precisão técnica. O tratado pode revogar o costume sem dificuldade. Quanto ao inverso, na prática o costume superveniente afasta a aplicação do tratado, mas tecnicamente não o revoga, porque o tratado é norma escrita, cuja revogação demanda outra norma escrita. Diz-se, nessa hipótese, que o tratado caiu em **desuso**.
>
> Nada impede, por fim, que um costume seja codificado em tratado, nem que as disposições de um tratado, com o tempo, adquiram natureza consuetudinária e passem a obrigar Estados que dele não são partes.

6.2. Critérios de solução de conflitos

Por não haver hierarquia entre as fontes, aplicam-se os métodos tradicionais de solução de conflitos normativos, notadamente os critérios cronológico e da especialidade.

Esses critérios operam, inclusive, nos conflitos **entre costumes**, que podem dar-se entre dois costumes gerais, entre dois costumes regionais ou entre um costume geral e um regional.

Nas duas primeiras hipóteses, prevalece o costume posterior, por aplicação do critério cronológico, segundo a fórmula *lex posterior derogat priori*. Na terceira, prevalece o costume **regional** sobre o geral, por aplicação do critério da especialidade, segundo a fórmula *lex specialis derogat generali*.

6.3. Costume e jus cogens

As normas consuetudinárias estão subordinadas ao *jus cogens*, conjunto de normas que incorporam os valores supremos, essenciais ou fundamentais da sociedade internacional e que recebem, em razão de seu conteúdo, posição hierárquica superior às demais normas do Direito Internacional.

Sustenta-se que norma de *jus cogens* não pode ser modificada ou derrogada por norma consuetudinária, e que as duas categorias se distinguem pelo fato de o costume sempre postular

uma prática, enquanto a norma imperativa deve ser observada ainda quando não haja prática em sentido de seu cumprimento.

A observação exige temperamento. A relação entre costume e normas de *jus cogens* é de **conteúdo**, e não de forma. Norma de *jus cogens* pode ser revogada ou alterada, desde que por outra de mesma natureza, conforme dispõe o art. 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo o qual, se sobrevier nova norma imperativa de Direito Internacional geral, todo tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se. A norma imperativa superveniente pode, inclusive, formar-se por via consuetudinária, o que demonstra que a oposição entre as categorias não é de forma.

7. PROVA DO COSTUME INTERNACIONAL

Da dicção do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça extrai-se que o costume, para ser utilizado em caso perante o tribunal, necessita ser **provado pela parte que o suscita**. A exigência é consequência direta da não positivação escrita: diferentemente do tratado, cuja existência se demonstra pelo próprio instrumento, o costume deve ser reconstruído a partir de elementos dispersos.

7.1. Meios de comprovação

São exemplos de fontes de comprovação de determinado costume:

- atos administrativos dos Estados;
- legislação interna, cujo conteúdo revele a prática e a convicção de obrigatoriedade;
- decisões judiciais domésticas;
- atividades internacionais, como as do mercado internacional;
- troca de correspondências diplomáticas;
- declarações conjuntas;
- comunicados à imprensa.

Note-se que vários desses meios são atos de direito interno, o que reforça a crítica, examinada no bloco anterior, à separação estanque entre as ordens jurídicas postulada pelo dualismo: atos internos funcionam como elemento constitutivo e probatório de norma internacional.

7.2. Tratados não ratificados como prova de costume

No caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, de 1969, a Corte Internacional de Justiça reconheceu como prova da existência de costume internacional uma convenção multilateral **não ratificada**. A doutrina registra dissenso sobre o ponto.

A posição equilibrada é a de que não todos os tratados multilaterais não ratificados podem ser considerados costumes. O que o tratado não ratificado comprova é a existência de consenso quanto ao conteúdo da norma, elemento relevante mas não suficiente: subsiste a necessidade de demonstrar a prática efetiva e a convicção de obrigatoriedade.

> **INFORMAÇÃO — A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**
>
> Hipótese análoga e de grande relevância é a da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.
>
> O instrumento é resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas e, formalmente, não vincula seus signatários, não constituindo tratado. Parte significativa da doutrina sustenta, todavia, que seu conteúdo adquiriu natureza **costumeira**, passando a obrigar os Estados independentemente de adesão formal.

O raciocínio articula os dois elementos do costume. A prática generalizada se revela na invocação reiterada da Declaração por Estados, cortes e organizações internacionais, bem como na reprodução de seu conteúdo em constituições e tratados posteriores. A convicção de obrigatoriedade se revela na ausência de contestação de sua força normativa, mesmo por Estados que a descumprem, os quais negam os fatos, não a norma.

O exemplo é didaticamente valioso porque demonstra a utilidade prática da teoria do costume: ela permite atribuir força obrigatória a conteúdo normativo que o instrumento formal, por si, não teria.

7.3. O protesto e a aquiescência

Dois institutos operam de modo decisivo na formação e na prova do costume, e seu domínio é indispensável, pois é por meio deles que a *opinio iuris* se manifesta objetivamente.

O **protesto** é o ato pelo qual o Estado manifesta sua recusa em reconhecer determinada prática como juridicamente obrigatória ou determinada situação como juridicamente válida. Sua função é dupla: impede que o silêncio seja interpretado como consentimento e preserva a posição jurídica do Estado para o futuro. É o instrumento por excelência da objeção persistente, examinada adiante.

A **aquiescência**, por outra via, é o consentimento que se infere do silêncio qualificado. Não se trata de qualquer silêncio, mas daquele que ocorre em circunstâncias em que o Estado tinha conhecimento da prática, dispunha de oportunidade de manifestar-se e tinha interesse jurídico em fazê-lo. Nessas condições, a ausência de protesto é interpretada como aceitação.

ATENÇÃO — QUI TACET CONSENTIRE VIDETUR, COM TEMPERAMENTOS

A máxima segundo a qual quem cala parece consentir aplica-se no Direito Internacional, mas sob condições estritas, e a imprecisão nesse ponto é fonte frequente de erro.

O silêncio só produz aquiescência quando havia **dever ou ônus de reagir**, aferido pelo conhecimento da prática, pela oportunidade de manifestação e pelo interesse jurídico do Estado. Estado que não tem interesse na matéria, ou que desconhecia a prática, não aquiesce por silêncio.

A consequência prática é relevante para a formação do costume: a prática reiterada de alguns Estados, acompanhada do silêncio qualificado dos demais interessados, basta para a formação da norma consuetudinária, sem necessidade de prática positiva universal. É precisamente por isso que o costume pode obrigar Estados que nunca praticaram o ato que ele prescreve.

8. DERROGAÇÃO DOS COSTUMES INTERNACIONAIS

Um costume internacional pode ser derrogado de duas formas.

Inobservância contínua: os Estados deixam de praticar os atos prescritos no costume em decorrência de razões de natureza jurídica. Em outros termos, o costume deixa de ser seguido pelo desaparecimento da *opinio iuris*. Note-se a exigência da razão jurídica: o descumprimento por conveniência política, acompanhado de justificativas que invocam a própria norma, não a derroga, mas a reafirma.

Surgimento de norma oposta: outra norma surge supervenientemente em sentido contrário ao costume, podendo tratar-se de outro costume ou de tratado internacional.

9. NOVOS ESTADOS E COSTUMES ANTERIORES

A questão a responder é a seguinte: Estado recém-formado está vinculado a costume anterior à sua criação?

A resposta tem íntima ligação com a teoria adotada sobre o fundamento do Direito Internacional e sobre o fundamento da criação dos costumes, e a articulação é instrutiva.

A adoção da teoria da **autolimitação do Estado** em forma radical, e consequentemente da teoria do consentimento quanto ao costume, responde **negativamente**. Sendo o novo Estado soberano, ele não estaria vinculado a norma com a qual não anuiu.

As teorias da **vontade coletiva** e do **consentimento das nações** respondem **afirmativamente**, por articularem-se com a teoria da submissão: o novo Estado estaria submetido ao costume anteriormente formado, em razão da *opinio iuris* geral.

As teorias **não voluntaristas** respondem igualmente de modo afirmativo, por fundamento distinto: defendendo fundamentos superiores à vontade do Estado, retiram dos novos Estados a possibilidade de descumprir costume internacional anterior a seu próprio nascimento.

Posição intermediária sustenta que o Estado tem o direito de escolher cumprir ou não costume já formado, desde que o descumprimento não afronte norma de *jus cogens*. A ressalva é decisiva: confere liberdade quanto ao costume dispositivo e a suprime quanto ao imperativo.

> **ALERTA — POSIÇÃO PARA PROVA OBJETIVA**
>
> Há registro de questão objetiva que adotou a posição de **oponibilidade** de costumes internacionais anteriores ao surgimento de novos Estados, **sem fazer qualquer ressalva** quanto ao conteúdo do costume.
>
> Para prova objetiva, portanto, a assertiva de que o novo Estado se vincula aos costumes preexistentes deve ser considerada correta, salvo se o enunciado explicitamente pedir a posição doutrinária divergente.
>
> Em prova dissertativa ou oral, a resposta completa apresenta as três respostas possíveis, vincula cada uma à respectiva teoria sobre o fundamento e conclui pela oponibilidade, com a ressalva relativa às normas imperativas.

10. A TEORIA DO OBJETOR PERSISTENTE

Segundo a teoria do objetor persistente, *persistent objector*, um Estado pode desvincular-se de costume internacional vigente caso, de forma persistente e inequívoca, oponha-se a seu conteúdo desde o momento de sua formação.

10.1. Requisitos da objeção

Três características são exigidas da objeção persistente, e sua memorização é recomendável.

Tempestividade: a manifestação do Estado objetor deve ser feita logo que a prática comece a estruturar-se, potencialmente, como costume. A objeção tardia, formulada após a consolidação da norma, não aproveita ao Estado.

Persistência: a objeção deve ser reiterada no tempo, isto é, habitual. Manifestação isolada não basta, pois pode ser interpretada como reserva pontual, e não como recusa estrutural da norma.

Consistência: a objeção deve ser fundamentada em argumentos jurídicos, no que se denomina *opinio non iuris*. A recusa por motivos exclusivamente políticos ou de conveniência não configura objeção apta a afastar a norma.

10.2. Aplicação pela Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça aplicou a teoria no Caso das Pescarias, de 1951, ao não reconhecer a oponibilidade, àquele Estado nórdico demandado, da regra das dez milhas para a delimitação das linhas de base como critério de fixação da zona de pesca. Entendeu a Corte que a regra não poderia ser aplicada ao Estado porque este sempre se opôs a ela.

10.3. Crítica à teoria

Sustenta-se que a teoria, por apoiar-se em posição voluntarista e em ideia superada de necessidade de consentimento unânime dos Estados para a formação dos costumes, não tem mais razão de ser. Acresce-se objeção de ordem material: a adoção da teoria seria injusta com os novos Estados, pois apenas os Estados mais antigos, que se opunham ao costume desde sua formação, poderiam beneficiar-se dela.

> **ATENÇÃO — A ASSIMETRIA ENTRE O OBJETOR PERSISTENTE E O NOVO ESTADO**
>
> A articulação entre as duas seções anteriores produz resultado que convém formular, pois é precisamente a origem da crítica acima.
>
> O Estado **antigo** que se opôs tempestiva, persistente e consistentemente à formação do costume pode dele desvincular-se, pela teoria do objetor persistente.
>
> O Estado **novo**, que não existia ao tempo da formação do costume e portanto não pôde objetar, vincula-se a ele, pela orientação predominante examinada acima.
>
> A assimetria é evidente e logicamente embaraçosa para as construções voluntaristas: o Estado que não consentiu porque não quis pode escapar; o que não consentiu porque não existia, não pode. É um dos pontos em que a insuficiência das teorias sobre o fundamento da disciplina se expõe com maior clareza.

Para prova objetiva, é comum a aceitação da teoria, em especial pelo fato de ela já ter sido aplicada pela Corte Internacional de Justiça. É sempre necessário, porém, atentar ao comando da questão, considerando a ausência de consenso doutrinário sobre o tema.

11. APLICABILIDADE DO COSTUME NO ÂMBITO INTERNO

11.1. A orientação do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal registra diversos precedentes admitindo a **aplicabilidade direta** dos costumes internacionais no âmbito interno, o primeiro deles de 1987.

Em olhar crítico, observa-se que a adoção da aplicabilidade direta de costume internacional é contraditória com a teoria dualista, principalmente de cunho mitigado, que confunde a incorporação com a existência de ordens jurídicas distintas e independentes. Se o costume se aplica diretamente, sem qualquer ato de internalização, a premissa dualista de que a norma internacional não produz efeitos internos antes de transformada em norma nacional não se sustenta. O ponto reforça a conclusão do bloco anterior sobre a incoerência teórica da jurisprudência brasileira na matéria.

Entre os julgados, ganha destaque precedente de 2009 que reconheceu a norma costumeira de **imunidade de jurisdição e de execução em face das organizações internacionais**, matéria examinada no bloco próprio sobre imunidades.

11.2. O caso dos crimes contra a humanidade

Em julgamento de pedido extradicional, em 2016, parcela dos julgadores reconheceu a **imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade** como costume internacional. A maioria da Corte, todavia, considerou prescritos os delitos de homicídio qualificado, sequestro e associação criminosa praticados nos anos de 1973 e 1975 por pretenso integrante de grupo terrorista estrangeiro, ainda que aos delitos tivesse sido imputada a qualificação de crimes contra a humanidade.

Dois foram os fundamentos da maioria.

O primeiro é que, não havendo o Brasil ratificado a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, caberia analisar a prescrição da pretensão punitiva segundo o regime ordinário.

O segundo é que as normas de Direito Internacional Público, entre elas o Estatuto de Roma, têm status supralegal, de modo que se aplicaria ao caso o art. 5º, XL, da Constituição, que veda a retroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu.

> **DOUTRINA — A TENSÃO ENTRE COSTUME E LEGALIDADE PENAL**
>
> O julgamento expõe tensão estrutural que vai muito além do caso concreto e que reaparecerá no bloco sobre Direito Penal Internacional.
>
> De um lado, o reconhecimento do costume internacional como fonte formal, aplicável diretamente no âmbito interno, conduziria à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, independentemente de ratificação de tratado específico.
>
> De outro, o princípio da legalidade penal, na dimensão da anterioridade e da irretroatividade, exige norma escrita e prévia para a definição do regime prescricional desfavorável ao réu. A norma costumeira, por não ser escrita e por ter momento de formação impreciso, não satisfaz essa exigência.
>
> A solução adotada prestigiou a legalidade penal, com apoio na supralegalidade, que situa o Estatuto de Roma abaixo da Constituição. A conclusão é coerente com o desenho hierárquico brasileiro, mas afasta-se da orientação predominante nos tribunais internacionais e em outras jurisdições da região, divergência que convém registrar em prova dissertativa.

Para fins de prova, são corretas as afirmações de que o Supremo Tribunal Federal **admite** ou **já admitiu** a aplicação direta dos costumes internacionais no âmbito interno. A afirmação é compatível com o julgamento examinado, pois nele não se negou a aptidão do costume como fonte, mas se afirmou a prevalência da garantia constitucional da irretroatividade penal.

12. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça traz os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, como fonte formal do Direito Internacional. Duas críticas ao dispositivo já foram registradas: a confusão entre forma e conteúdo normativo e a terminologia da alínea "c". Examina-se, agora, o conteúdo do instituto.

12.1. A crítica à expressão "nações civilizadas"

A expressão remonta ao período anterior à Primeira Guerra Mundial, pois é cópia do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, e ilustra visão eurocêntrica do Direito Internacional, com pretensões civilizatórias sobre o resto do mundo.

Mais que isso, a construção revela o **estadocentrismo** na própria concepção dos princípios gerais do direito como fonte. Nessa visão, ser civilizado não significaria apenas reger-se por padrões morais europeus, mas por padrões jurídico-políticos europeus, com o Estado moderno centralizado como a única forma de organização aceitável como estável entre os povos.

12.2. A finalidade original do dispositivo

A intenção histórica do Comitê de Juristas que elaborou o Estatuto da Corte Permanente era outra, e sua compreensão esclarece o instituto. Para que não ocorresse *non liquet* em caso concreto, por ausência de norma em tratado ou costume internacional, caberia à Corte buscar nos ordenamentos internos dos Estados quais princípios jurídicos eram aceitos, tendo em vista que os tribunais domésticos fazem uso dos princípios gerais do direito cotidianamente.

A ideia do dispositivo é, portanto, informar o Direito Internacional a partir do **diálogo** entre os princípios dos ordenamentos internos. Trata-se de técnica de colmatação de lacunas, e não de criação autônoma de norma internacional.

12.3. Requisitos de configuração

Objeta-se, por vezes, que não existiriam princípios idênticos em sistemas normativos opostos, como o capitalista e o socialista. A afirmação é contrariada pela existência de princípios como a boa-fé, o *pacta sunt servanda* e o *neminem laedere*, presentes, senão em todos, na grande maioria dos ordenamentos internos.

Diante das múltiplas naturezas dos sistemas jurídicos, como os da família romano-germânica, os de *common law* e os de conotação religiosa, exige-se, para a configuração de um princípio geral, o preenchimento de dois requisitos.

Consagração em vários sistemas: a aferição deve ser feita pelos métodos do direito comparado, não bastando a presença do princípio em um único ordenamento ou em uma única família jurídica.

Possibilidade de transposição ao plano internacional: trata-se da aptidão de enquadramento do princípio ao espírito da vida internacional.

> **INFORMAÇÃO — UM PRINCÍPIO QUE NÃO SE TRANSPÕE**
>
> Exemplo didático de norma prevista em diversos ordenamentos internos que **não** pode ser transferida ao plano internacional é a **usucapião** como forma de aquisição da propriedade.
>
> Não obstante a maioria dos sistemas admitir essa forma de aquisição, no plano internacional um Estado não poderia valer-se dela para aquisições territoriais. A razão é que a aquisição territorial submete-se a regime próprio, examinado no bloco sobre domínio terrestre, e a admissão da usucapião premiaria a ocupação ilícita prolongada, em contradição com a proibição do uso da força e com o princípio da integridade territorial.
>
> O exemplo demonstra a utilidade do segundo requisito: a consagração interna generalizada é condição necessária, mas não suficiente, para a elevação do princípio ao plano internacional.

Posição doutrinária diversa não aponta a possibilidade de transposição como requisito, exigindo, em seu lugar, a *opinio iuris* de que tais princípios de âmbito interno geram obrigações também do ponto de vista do Direito Internacional. A formulação aproxima a configuração dos princípios gerais daquela do costume, exigindo convicção de obrigatoriedade.

12.4. Princípios gerais de direito e princípios gerais do direito

Distinção terminológica de incidência crescente relaciona as duas expressões à origem da norma.

Expressão	Origem	Previsão no art. 38
Princípios gerais **de** direito	Surgem dos sistemas nacionais, sendo alçados ao campo internacional.	Previstos expressamente na alínea "c".
Princípios gerais **do** direito	Nascem originariamente no plano internacional.	Não mencionados, justamente porque nascem na ordem internacional, sendo sua aplicação pelo tribunal imediata.

A classificação não é unânime: parte significativa da doutrina não estabelece distinção entre os termos. Para prova objetiva, convém dominar a distinção sem presumir que a banca a adote, atentando ao comando da questão.

12.5. Aplicação concreta

A utilização dos princípios gerais de direito é verificável, por exemplo, nos julgamentos do tribunal criminal internacional constituído para Ruanda, em que os julgadores se valeram dos princípios gerais do *cross examination*, do ônus da prova e da presunção de inocência. A hipótese é ilustrativa: tratava-se de jurisdição penal internacional nova, sem corpo processual próprio consolidado, que recorreu aos princípios comuns aos ordenamentos internos para estruturar seu procedimento.

13. A JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

13.1. A previsão literal e seu alcance

Pela literalidade do art. 38, as decisões judiciárias são fontes **auxiliares** do Direito Internacional. Sustenta-se que as decisões referidas no dispositivo se restringem às da própria Corte Internacional de Justiça, conclusão extraída da leitura conjunta do art. 94, parágrafo 1, da Carta das Nações Unidas, pelo qual os Estados se comprometem a conformar-se com a decisão do tribunal nas demandas de que sejam parte, e do art. 59 do Estatuto, que prevê a vinculação das decisões da Corte apenas às partes litigantes.

> **ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA — ART. 59**
>
> Artigo 59. A decisão da Corte não é obrigatória senão para as partes em litígio e a respeito do caso em questão.

O Comitê de Juristas que elaborou o Estatuto buscou deliberadamente afastar a criação de sistema de precedentes obrigatórios. O art. 59 tinha, portanto, a finalidade de conferir efeitos *inter partes* aos julgamentos. Daí a afirmação doutrinária de que a jurisprudência internacional não cria direito.

13.2. A distância entre a previsão e a prática

Há, todavia, distância considerável entre a posição doutrinária e a prática. Assim como o juiz de *common law* cria direito no processo de sua interpretação, os juízes da Corte Internacional de Justiça determinam o direito utilizando seus próprios precedentes. O fenômeno não se restringe àquela Corte: verifica-se igualmente na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O Brasil foi condenado duas vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com base na jurisprudência consolidada do tribunal acerca da incompatibilidade das leis de anistia em face da Convenção Americana. Em ambas as condenações, o tribunal internacional reiterou suas decisões anteriores, sem construir fundamentação nova, o que evidencia a operação de precedentes na prática.

13.3. O diálogo entre cortes

Os tribunais internacionais não utilizam apenas suas próprias decisões, mas também as de outros, no que se denomina **diálogo judicial** ou diálogo entre cortes.

O diálogo entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana foi relevante para a proteção dos direitos humanos em ambos os sistemas. A título de exemplo, o tribunal europeu valeu-se da vasta jurisprudência interamericana relativa ao desaparecimento forçado para a responsabilização internacional de Estado, em caso julgado em junho de 2000. Registra-se, ainda, que a jurisprudência interamericana, quando citada, é inserida na seção dedicada ao direito internacional relevante das decisões europeias, o que lhe confere estatura de parâmetro normativo, e não de simples referência comparativa.

> **DOUTRINA — A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE MATERIAL DA DISCIPLINA**
>
> Não obstante a previsão literal do art. 38, na prática a jurisprudência internacional desempenha papel de verdadeira fonte primária, por atribuir função criativa de efeitos gerais.
>
> A demonstração é empírica: diversas matérias do Direito Internacional Público são necessariamente estudadas à luz de precedentes da Corte Internacional de Justiça. Em proteção diplomática, os casos Canevaro, de 1923, e Nottebohm, de 1955. Em assistência consular, os casos Breard, de 1998, LaGrand, de 2001, e Avena, de 2004. Em direito diplomático, o caso relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã, de 1980.

> Nenhum desses institutos pode ser exposto sem referência aos respectivos precedentes, o que revela que a norma aplicável é, em boa medida, a norma tal como a Corte a construiu. A classificação do art. 38 reflete, nesse ponto, a concepção de 1920, não a prática contemporânea.

Para fins de concurso, há de se atentar à fase do certame e ao perfil da banca. A jurisprudência internacional não é tema recorrente em provas objetivas, nas quais é provável que se considere correta apenas a literalidade do Estatuto, dada a tendência textualista. Em fases posteriores, é possível maior digressão, conciliando prática e posição doutrinária.

14. A DOUTRINA

A doutrina também está prevista no art. 38 como fonte auxiliar do Direito Internacional. Desempenha papel de relevo na interpretação das fontes formais, atuando na constatação, na delimitação e na interpretação das normas jurídicas.

Não obstante esse papel, a doutrina **não detém carga normativa**. Os estudos e as posições doutrinárias não vinculam os sujeitos de Direito Internacional. Tecnicamente, a doutrina não é fonte do Direito Internacional, exatamente por não ter o efeito de inovar no mundo jurídico.

> **ATENÇÃO — COMO RESPONDER EM PROVA OBJETIVA**
>
> Vale, aqui, a mesma advertência quanto à tendência textualista das bancas.
>
> É **correta** a assertiva de que a doutrina é fonte auxiliar do Direito Internacional, pois essa é a dicção literal do art. 38.
>
> Caso a questão afirme simplesmente que a doutrina é fonte do Direito Internacional, a assertiva, apesar de incompleta, também não estará incorreta, devendo ser considerada verdadeira salvo se o enunciado opuser expressamente fontes primárias e auxiliares.
>
> A crítica de que a doutrina não é tecnicamente fonte, por não inovar no ordenamento, reserva-se às fases dissertativa e oral.

15. SÍNTESE DO BLOCO

As fontes do Direito Internacional dividem-se em materiais, que são as causas de ordem social determinantes da necessidade da norma, e formais, que são os procedimentos de produção e exteriorização. A fonte material antecede a formal. É equivocada a classificação que situa os princípios gerais entre as fontes materiais, pois confunde fonte com norma: princípios são espécie normativa ao lado das regras, revelável por qualquer fonte.

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça consolidou o rol das fontes, abrangendo as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais de direito e, como meio auxiliar, as decisões judiciárias e a doutrina, facultando ainda a decisão *ex aequo et bono* mediante concordância das partes. O rol é **exemplificativo**, admitindo as fontes extraestatutárias, a saber, atos unilaterais de Estados, atos e decisões de organizações internacionais e *soft law*. Dele extraem-se as classificações entre fontes primárias e secundárias, convencionais e não convencionais, estatutárias e extraestatutárias. Não há hierarquia entre as fontes, embora exista hierarquia entre normas, como demonstra o *jus cogens*. As críticas ao dispositivo dirigem-se à expressão "nações civilizadas", à confusão entre forma e conteúdo na referência aos princípios gerais e à apresentação da equidade como fonte, quando é critério de decisão. Contrato internacional e *lex mercatoria* são fontes de Direito Internacional Privado, não do Público, e o *gentlemen's agreement* não é tratado.

O costume internacional é a fonte mais antiga e define-se como a prática geral, uniforme e reiterada dos sujeitos de Direito Internacional, reconhecida como juridicamente exigível. Regula primordialmente a responsabilidade internacional, as imunidades dos Estados e, historicamente,

o direito diplomático. Seu surgimento é explicado pelas teorias do consentimento, da submissão, da origem unilateral e objetiva. Compõe-se de dois elementos cumulativos: o objetivo, *inveterata consuetudo*, que é a prática reiterada e uniforme, e o subjetivo, *opinio iuris*, que é a convicção de obrigatoriedade, aferida objetivamente por reconhecimentos, protestos e notificações. Admitem-se costumes instantâneos, como o relativo à liberdade de acesso ao espaço. A distinção em relação aos meros usos e à cortesia internacional, a *comitas gentium*, reside justamente na presença do elemento subjetivo.

Classificam-se os costumes, quanto aos intervenientes, em intergovernamentais, transgovernamentais e transnacionais, e, quanto à extensão, em universais e particulares, estes subdivididos em regionais, como o asilo político na América Latina, e locais. Não há hierarquia entre costume e tratado: o tratado revoga o costume, e o costume afasta a aplicação do tratado, que cai em desuso, sem revogá-lo tecnicamente. Nos conflitos entre costumes aplicam-se o critério cronológico, entre costumes de mesma extensão, e o da especialidade, prevalecendo o regional sobre o geral. O costume subordina-se ao *jus cogens*, cuja alteração exige norma de mesma natureza, nos termos do art. 64 da Convenção de Viena.

O costume deve ser provado pela parte que o suscita, admitindo-se como meios os atos administrativos, a legislação, as decisões judiciais domésticas, as atividades internacionais, a correspondência diplomática, as declarações conjuntas e os comunicados à imprensa, bem como, segundo precedente de 1969, convenção multilateral não ratificada. Deroga-se por inobservância contínua, com desaparecimento da *opinio iuris*, ou por surgimento de norma oposta. Os novos Estados vinculam-se, pela orientação predominante, aos costumes anteriores à sua criação, com a ressalva doutrinária quanto ao conteúdo imperativo. O objetor persistente pode desvincular-se do costume se sua objeção for tempestiva, persistente e consistente, como reconhecido no Caso das Pescarias de 1951, embora a teoria seja criticada por seu fundamento voluntarista e pela assimetria que cria em relação aos novos Estados. Por fim, o Supremo Tribunal Federal admite a aplicação direta dos costumes internacionais no âmbito interno, orientação logicamente incompatível com o dualismo, embora tenha prestigiado a irretroatividade penal do art. 5º, XL, da Constituição em caso sobre imprescritibilidade de crimes contra a humanidade.

Os **princípios gerais de direito** da alínea "c" têm origem histórica na necessidade de evitar o *non liquet*, informando o Direito Internacional pelo diálogo com os ordenamentos internos. Exigem consagração em vários sistemas, aferida pelo direito comparado, e possibilidade de transposição ao plano internacional, requisito que a usucapião territorial não satisfaz. Distinguem-se, para parte da doutrina, dos princípios gerais **do** direito, que nascem originariamente no plano internacional e por isso não constam do rol, com aplicação imediata pelo tribunal. A expressão "nações civilizadas" é repudiada por seu eurocentrismo e estadocentrismo.

A **jurisprudência** e a **doutrina** figuram no art. 38 como meios auxiliares. As decisões judiciárias referidas são as da própria Corte Internacional de Justiça, cujo art. 59 lhes confere efeito apenas *inter partes*, afastando deliberadamente um sistema de precedentes obrigatórios. Na prática, porém, a jurisprudência internacional opera como fonte primária, mediante o uso de precedentes próprios e o diálogo entre cortes, como demonstram os precedentes indispensáveis em proteção diplomática, assistência consular e direito diplomático. A doutrina, por sua vez, atua na constatação, delimitação e interpretação das normas, sem carga normativa e sem vincular os sujeitos, razão pela qual, tecnicamente, não é fonte. Em prova objetiva, prevalece a literalidade do Estatuto: ambas são fontes auxiliares.