

**A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO:
REAValiaÇÃO CRÍTICA DA TEORIA CLÁSSICA DE SUAS
"FONTES"¹**

Antônio Augusto Cançado Trindade *

¹ O presente estudo, apresentado na forma de três conferências ministradas pelo Autor no XXIX Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da O.E.A., no Rio de Janeiro, Brasil, em 15-16 de agosto de 2002, baseia-se na pesquisa realizada pelo Autor para o Curso Geral de Direito Internacional Público, a ser por ele ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia em 2005.

* Ph.D. (Cambridge) em Direito Internacional; Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio-Branco do Brasil; Membro Titular do *Institut de Droit International*; Membro do Conselho Diretor do IHLADI.

Sumário

I. Introdução. II. Considerações sobre as "Fontes" Formais do Direito Internacional. III. As "Fontes" Formais Enumeradas no Artigo 38 do Estatuto da CIJ. 1. O Costume Internacional. 2. Os Tratados Internacionais. 3. Os Princípios Gerais do Direito. 4. Valor da Jurisprudência Internacional (Decisões Judiciais e Arbitrais). 5. Valor da Doutrina. 6. O Elemento da Equidade. IV. As "Fontes" Formais Não Enumeradas no Artigo 38 do Estatuto da CIJ. 1. Os Atos Jurídicos Unilaterais dos Estados. 2. As Resoluções das Organizações Internacionais. V. O Processo de Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Do Consentimento ao Consenso. VI. Considerações sobre a Questão da "Fonte" Material do Direito Internacional. VII. O Amplo Alcance da *Opinio Juris* na Formação do Direito Internacional Contemporâneo. VIII. Conclusões: A Consciência Jurídica Universal.

I. Introdução

A questão básica das "fontes" do Direito Internacional continua desafiando os estudiosos da matéria, e requerendo um tratamento adequado do processo de formação do Direito Internacional contemporâneo. A crescente complexidade deste processo, somada ao advento de novos atores no cenário internacional, têm contribuído para ampliar os modos pelos quais o Direito Internacional hoje se manifesta. Já a doutrina clássica tendia a ressaltar a distinção entre as fontes *formais* do Direito Internacional, ou seja, os meios pelos quais este se manifesta e suas normas são criadas (costume, tratados, princípios gerais do direito, jurisprudência, doutrina, equidade, dentre outras), e sua chamada "fonte" *material*, a saber, o *substratum* - metajurídico - de que se originam as primeiras². Na verdade, a referida "fonte" material encontra-se inelutavelmente ligada, em última análise, à questão da própria *validade* das normas do Direito Internacional.

Esta questão, no entanto, - como ponderou com lucidez M. Sorensen em 1946, - transcende o âmbito do direito positivo³. Como os jusinternacionalistas, em sua grande maioria, não se mostraram dispostos a adentrar-se nesta linha de reflexão, tornou-se comum, - mais cômodo, - ao longo dos anos, nos numerosos livros e cursos dedicados à matéria, tomar reiteradamente como ponto de partida para o estudo da mesma o disposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), virtualmente idêntico ao mesmo artigo do Estatuto da anterior Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)⁴. O elenco consagrado naquela célebre disposição, no

² Georges Scelle, «Essai sur les sources formelles du droit international», Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, vol. III, Paris, Rec. Sirey, 1934, pp. 400-430; Max Sorensen, Les sources du Droit international, Copenhague, E. Munksgaard, 1946, pp. 13-14.

³ M. Sorensen, op. cit. supra n. (2), p. 15.

⁴ Afora pequenas variações de fraseologia (na frase introdutória) e na numeração de

entanto, se refere tão só às "fontes" formais. O estudo da formação do Direito Internacional, desse modo, não se exaure - não pode se exaurir - na consideração apenas do referido elenco das "fontes" formais.

No presente estudo, examinarei, de início, o sentido e alcance das "fontes" formais do Direito Internacional, - tanto as consagradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ como as que neste não figuram. Em seguida, procederei a uma reavaliação crítica da teoria clássica das "fontes", para isto considerando o processo de formação do Direito Internacional contemporâneo (desvendando a passagem do consentimento ao consenso). Procedendo, enfim, à consideração da "fonte" material, examinarei a questão do amplo alcance da *opinio juris* na formação do Direito Internacional contemporâneo, e as manifestações da *consciência jurídica universal*, precisamente como "fonte" material última do Direito Internacional.

II. Considerações Gerais sobre as "Fontes" Formais do Direito Internacional

Dispõe o referido artigo 38 do Estatuto da CPJI e da CIJ que, na solução de controvérsias que lhe forem submetidas, a Corte aplicará as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais do direito, acrescidos, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito, das decisões judiciais e da doutrina; é, enfim, facultado à Corte decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem. O histórico legislativo desse dispositivo remonta a 1920, quando uma Comissão Consultiva de Juristas foi nomeada pelo Conselho da Liga das Nações para preparar o projeto para o estabelecimento de uma Corte Permanente de Justiça Internacional.

A referida Comissão Consultiva de Juristas teve composição ilustre: Adatci, Altamira, Clovis Bevilaqua (substituído posteriormente por Raul Fernandes), Barão Descamps, Hagerup, Albert de La Pradelle, Loder, Lord Phillimore, Ricci-Busatti, Elihu Root (assistido por J. B. Scott), sendo D. Anzilotti o Secretário-Geral da Comissão⁵. A Comissão reuniu-se na Haia de 16 de junho a 24 de julho de 1920. O projeto do artigo 38 do Estatuto da CPJI resultou de um projeto originalmente apresentado pelo Barão Descamps (incluindo tratados, costume, princípios gerais do direito, jurisprudência), que foi objeto de debates entre os membros da referida Comissão, nos quais exerceram influência decisiva, além do autor do referido projeto, o Sr. E. Root e Lord Phillimore⁶.

parágrafos e subparágrafos: cf. Bin Cheng, op. cit. infra n. (101), pp. 2 e 21.

⁵ Cit. in Bin Cheng, op. cit. infra n. (101), p. 6 n. 19.

⁶ As atas dos debates encontram-se reproduzidas in: Cour Permanente de Justice Internationale/Comité Consultatif de Juristes, Procès-verbaux des séances du Comité (16 juin/24 juillet 1920) avec Annexes, La Haye, Éd. Van Langenhuisen Frères, 1920, pp. 247, 270, 293-297, 306-321, 331-339, 344-346, 351, 584, 620 e 729-730. Para um estudo subsequente destes procès-verbaux, cf. Maarten Bos, «The Recognized Manifestations of International Law - A New Theory of «Sources» 20 German Yearbook of International Law (1977) pp. 18 e 33-39.

FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO...

O artigo 38 do Estatuto da antiga CPJI, incorporado duas décadas e meia depois ao Estatuto também da sucessora CIJ, passou a atrair a atenção dos jusinternacionalistas, por enumerar "fontes" do Direito Internacional, chegando mesmo a se tornar alvo de algumas críticas nos anos seguintes à sua adoção⁷. G. Scelle, por exemplo, observou em 1934 que a própria concepção do referido artigo 38 mostrava-se insuficiente para atender às necessidades sociais que deveriam ser tomadas em conta pelo Direito Internacional da época⁸. Há, no entanto, que se ter em mente que o referido artigo 38 jamais pretendeu se constituir em fórmula peremptória e exaustiva das fontes do Direito Internacional, mas tão somente em guia à atuação judicial da Corte Internacional da Haia⁹.

O mencionado artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia também se tornou objeto de controvérsia entre os autores acerca da questão se estabelecia ou não uma hierarquia de fontes do Direito Internacional Público. A rigor, as dúvidas se aplicariam apenas a tratados, costume e princípios gerais do direito, uma vez que o próprio artigo 38 cuidou de caracterizar a jurisprudência e a doutrina como meios auxiliares e atribuir função limitada à equidade. Para os que adotam uma fundamentação jusnaturalista do Direito Internacional, torna-se menos difícil apreender o relacionamento entre princípios gerais do direito, tratados e costume: nesta ótica, tratados e costume seriam atualizações ou positivações dos princípios gerais do direito, adaptadas às situações históricas variáveis¹⁰. Mas esta é apenas uma das concepções existentes (cf. *infra*). O que pode ser tido como ponto pacífico é que as chamadas «fontes» do Direito Internacional apresentam-se em constante e dinâmica interação.

Outro ponto que se tornou cada vez mais claro, e sobre o qual passou a existir considerável consenso entre os autores, diz respeito à posição proeminente de tratados e costume - desfrutando normalmente de *igual* autoridade - dentre as fontes do Direito Internacional¹¹. Houve mesmo quem defendesse a tese de que o costume internacional pode ser encontrado nos tratados assim com os tratados podem, com o decorrer dos tempos, passar ao direito costumeiro internacional, e mesmo exercer efeitos, *qua* evidência do Direito Internacional consuetudinário, sobre Estados não

⁷ Em 1934, G. Scelle, por exemplo, criticou que a formulação do artigo 38 de Estatuto da CPJI fora muito influenciada por considerações de ordem política, representando um acordo ou compromisso entre as exigências da técnica jurídica e as possibilidades das relações intergovernamentais: G. Scelle, op. cit. supra n. (2), p. 411.

⁸ Ibid., p. 420.

⁹ Max Sorensen, *Les sources...*, op. cit. supra n. (2), pp. 28-33.

¹⁰ A. Truyol y Serra, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, Coimbra, A. Amado Ed., 1962, pp. 141-143.

¹¹ Autores soviéticos chegaram mesmo ao ponto de se recusarem a reconhecer quaisquer fontes do Direito Internacional outras que os tratados e o costume; cf. M. Akehurst, «The Hierarchy of the Sources of International Law», 47 *British Year Book of International Law* (1974-1975) pp. 273-285. E houve autores soviéticos que acrescentaram que os tratados prevalecem sobre o Direito Internacional costumeiro por se basearem no acordo expresso dos Estados; cf. R. R. Baxter, op. cit. infra n. (12), pp. 101-102.

partes contratantes¹². Exceção feita a esse último ponto, que tem sido contestado¹³, é hoje admissível que um tratado se sobreponha a um costume pré-existente, assim como que um costume subsequente se sobreponha a um tratado.

Um tratado multilateral pode refletir a prática dos Estados Partes, pode induzir Estados não-Partes a se conformarem com alguns de seus dispositivos, pode por sua implementação interagir com a prática dos Estados na formação de novo costume¹⁴. Também os tratados bilaterais, ademais dos multilaterais, podem servir de evidência do direito costumeiro. Por exemplo, tratados bilaterais consulares muito influenciaram o desenvolvimento do Direito Internacional costumeiro sobre relações consulares, hoje codificado na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963; outra ilustração reside na presença da regra do prévio esgotamento dos recursos de direito interno em tratados bilaterais atestando sua validade como regra de direito costumeiro¹⁵.

O papel reconhecidamente preponderante de tratados e costume dentre as «fontes» do Direito Internacional geral foi objeto de revisão no contexto específico das relações interamericanas. Tal revisão tem suas raízes na antiga polêmica acerca da existência ou não de um Direito Internacional americano. Segundo tese advogada há alguns anos, no plano das relações interamericanas, diferentemente do que ocorre no Direito Internacional geral, ao costume estaria reservado um papel secundário entre as fontes (que melhor se integrariam, e.g., através das Conferências Internacionais Americanas); dentre os numerosos tratados regionais, relativamente poucos foram os que lograram obter o número suficiente de ratificações para entrar em vigor, exercendo papel exíguo na produção de regras jurídicas internacionais, excetuados os chamados tratados «constitutivos»¹⁶.

¹² R.R. Baxter, «Treaties and Custom», 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1970) pp. 31-104; A.D. McNair, «Treaties Producing Effects 'Erga Omnes'», *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II. Milano, Giuffrè, 1957, pp. 23-36.

¹³ Ph. Cahier, «Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers», 143 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 589-736.

¹⁴ R.R. Baxter, op. cit. supra n. (12), pp. 31-104. - Sobre a possibilidade de certas normas de Direito Internacional serem convencionais em relação a Estados Partes em tratados que as contêm, e costumeiras em relação a outros Estados, cf. M. Virally, «The Sources...», op. cit. infra n. (40), p. 129.

¹⁵ R.R. Baxter, op. cit. supra n. (12), pp. 87 e 101. Mas há também que se admitir que os tratados podem ser conflitantes entre si e exercer influência negativa, que a retirada de Estados Partes também pode ter sua influência, que até mesmo a conduta de não-conformidade dos Estados pode ajudar a limitar ou alterar o direito costumeiro; *ibid.*, pp. 89 e 98.

¹⁶ Como, e.g., a Carta da OEA (com as modificações de 1967), o TIAR (1947), os instrumentos criando o BID (1959) e a ALALC (1960). C. Sepúlveda, *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, México, México, Ed. Porrúa, 1975, pp. 43-69. O autor é igualmente crítico em relação à atuação dos órgãos da OEA (cf. *ibid.*, pp. 108-110), acrescentando que também a contribuição da jurisprudência arbitral e judicial é, no contexto das relações interamericanas, bem mais modesta do que talvez o pretendessem os autores de

Em contrapartida, a doutrina, que no Direito Internacional geral encontra-se para muitos relegada a posição relativamente modesta, no Direito Internacional americano tem exercido considerável influência na formação de normas internacionais tanto consuetudinárias quanto convencionais. E, ainda mais significativamente, as resoluções ou decisões das Conferências Internacionais Americanas, situando-se «a meio-caminho entre a convenção e o costume», constituir-se-iam na «fonte do Direito Internacional americano por excelência»¹⁷. De todo modo, cabe aqui acentuar que, desde seus primórdios (e muito antes da adoção do Estatuto da antiga CPJI), a doutrina latinoamericana mostrou-se atenta ao estudo da teoria das "fontes" do Direito Internacional¹⁸.

Caberia aqui um derradeira advertência geral, antes de passar em revista as categorias de «fontes» do Direito Internacional individualmente. Há exemplos marcantes ressaltando o fato de que a enumeração de «fontes» do Direito Internacional contida no artigo 38 do Estatuto da CIJ, conforme já indicado, não é, como jamais foi ou poderia ser, exaustiva. Assim, no caso da *Barcelona Traction* (Bélgica *versus* Espanha, Segunda Fase, 1970), a CIJ baseou-se em uma miscelânea de jurisprudência arbitral, decisões prévias da própria Corte, tratados bilaterais e multilaterais, e princípios gerais de direito interno para demonstrar que a Bélgica não tinha *standing* para proteger a Companhia *Barcelona Traction*; e anos antes, no caso *Nottebohm* (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), a CIJ foi encontrar a evidência do Direito Internacional costumeiro em decisões arbitrais, decisões de tribunais internos em casos de nacionalidade, doutrina, um dispositivo de seu próprio Estatuto, uma série de tratados bilaterais do século XIX (não mais em vigor) entre os Estados Unidos e outros Estados, uma convenção panamericana de 1906, e um tratado de codificação de 1930¹⁹.

Desse modo, ocorre, às vezes, na prática, a impossibilidade de se basear uma decisão em apenas uma determinada categoria das fontes oficialmente consagradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ. Outra ilustração reside na transformação do velho princípio pelo qual reservas a um tratado multilateral só seriam admissíveis se aceitas por todas as demais partes, princípio este que hoje perdeu praticamente sua validade. Para esta mudança de posição, contribuíram, conjuntamente, um parecer da Corte Internacional (de 1951, caso das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*), uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre reservas a convenções multilaterais (resolução 598(VI) de 12.01.1952, contendo instruções ao Secretário-Geral e recomendação aos membros), o trabalho da Comissão de Direito

formação anglo-saxônia (ibid., pp. 85-91).

¹⁷ Ibid., pp. 94-95.

¹⁸ Cf. M. Panebianco, "La Teoria delle Fonti del Diritto Internazionale nei Fondatori della Dottrina Latino-Americana (Sec. 18-19)", in *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 163-186; cf. também, em geral, J.C. Puig, *Les principes du Droit international public américain*, Paris, Pédone, 1954, pp. 1-81.

¹⁹ Cit. in R.R. Baxter, op. cit. supra n. (12), pp. 36-37.

Internacional das Nações Unidas e os artigos 19-23 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969²⁰.

Tendo isto em mente, talvez se possa concordar com a sugestão de que, ao invés de se classificar abstratamente as modalidades de fontes, mais apropriado seria examinar o *corpus* global de «autoridade juridicamente significativa para uma determinada decisão»; o artigo 38 do Estatuto da CIJ representaria, pois, ao invés de enumeração exaustiva das «fontes», provavelmente nada mais do que «um catálogo descrito com razoável grau de exatidão histórica»²¹. Das considerações anteriores se pode, ademais, depreender que as «fontes» do Direito Internacional não são categorias estáticas: encontram-se em constante e dinâmica interação, não se exaurindo em classificações teóricas que refletem tão somente os meios de manifestação do Direito Internacional prevalecentes em determinado momento histórico.

III. As "Fontes" Formais Enumeradas no Artigo 38 do Estatuto da CIJ

1. O Costume Internacional

O próprio artigo 38 do Estatuto da CIJ qualifica devidamente o costume internacional ao se referir a ele como «prova de uma prática geral aceita como sendo o direito». Donde os dois elementos clássicos constitutivos do costume: o elemento objetivo, representado pela própria prática internacional, e o elemento subjetivo, a *opinio juris sive necessitatis*, i.e., a convicção de que tal prática é de direito e aceita como tal. Tal configuração do costume internacional é ainda a predominantemente aceita em nossos dias.

No entanto, foi ela alvo de crítica contundente por parte de H. Kelsen e seus seguidores (a escola da «teoria pura do direito»), endossada por P. Guggenheim, no sentido de que o elemento objetivo seria suficiente para criar o costume como fonte de direito, uma vez que o elemento subjetivo da *opinio juris* seria de difícil comprovação além de pressupor a existência de uma regra de direito autônoma que tampouco poderia ser provada; somente a doutrina voluntarista poderia sustentar que a vontade comum dos Estados seria o fundamento último do Direito Internacional, mas surgiria então o problema dos Estados terceiros que não aceitaram explícita ou implicitamente determinada regra costumeira²². Tal doutrina tornaria evidentemente supérfluo o costume como fonte autônoma do Direito Internacional, e o processo de formação da norma costumeira só se materializaria mediante uma ficção, a de uma

²⁰ Cit. in Ch. Schreuer, «Recommendations and the Traditional Sources of International Law», 20 German Yearbook of International Law (1977) p. 113.

²¹ Ibid., pp. 113-114. Sobre a atividade da CIJ com base em decisões de organizações internacionais, cf. observações infra.

²² Cf. observações infra a esse respeito.

norma preestabelecida, elemento impossível de se provar, - o que levaria necessária e fatalmente à renúncia ou rejeição do elemento subjetivo do costume (*opinio juris*)²³.

Em contraposição a esta visão, muitos outros autores consideraram necessário ou útil a preservação do conceito de *opinio juris* como meio de se provar a existência de certas normas costumeiras, insistindo na necessidade e relevância do elemento psicológico na formação do costume, quando, e.g., os Estados disputassem o conteúdo do direito consuetudinário²⁴. Uma corrente de pensamento florescida nos Estados Unidos sustentou que um *claim-oriented approach*, além de estender maior força de persuasão à repetição de certos atos no plano internacional, implicaria em simplificação da teoria do costume, ao demonstrar que, e.g., em situações de conflito ou negociação, tenderia a prevalecer a parte que apresentasse o argumento mais sólido²⁵.

Ainda mais significativo que esta contraposição doutrinária foi o fato de terem os próprios Kelsen e Guggenheim gradualmente reconhecido a necessidade de abandonar sua argumentação (*supra*), cedendo ao reconhecimento da viabilidade, e necessidade, continuadas da *opinio juris*; prescindir desta última só beneficiaria os poderosos, além de incorrer no equívoco de equiparar o direito com a mera conduta estatal²⁶. O certo é que a *opinio juris* passou a atrair crescente atenção por parte dos doutrinadores²⁷, - e hoje se reconhece o seu amplo alcance (cf. ítem VII, *infra*). No

²³ P. Guggenheim, «Les deux éléments de la coutume en Droit international», La technique et les principes du droit public - études en l'honneur de Georges Scelle, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 275-284.

²⁴ A.A. D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Ithaca, Cornell University Press, 1971, pp. 242 n. 28, e 74. Cf. também J.L. Kunz, «The Nature of Customary International Law», 47 American Journal of International Law (1953) p. 665. - Houve quem aventasse a possibilidade de que a interação de reivindicações rivais por parte dos Estados viesse a atuar no sentido de formação do costume internacional; D.W. Greig, International Law, 2a. ed., London, Butterworths, 1976, p. 19.

²⁵ E não necessariamente a que tentasse tão somente se conformar com o que sustentavam os teóricos do Direito Internacional; A.A. D'Amato, op. cit. supra n. (24), pp. 271-272.

²⁶ Sienho Yee, "The News that *Opinio Juris* 'Is Not a Necessary Element of Customary [International] Law' Is Greatly Exaggerated", 43 German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationale Recht (2000) pp. 231, 234 e 236-238.

²⁷ Por exemplo, destacou-se como traço característico do direito costumeiro internacional sua formação não pela repetição de atos que visassem necessária e expressamente a criação do Direito Internacional, mas sim por uma apreciação baseada na observação criteriosa da conduta dos Estados no plano internacional; cf. Max Sorensen, op. cit. supra n. (2), p. 85; H.W. Briggs, «The Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law», 45 American Journal of International Law (1951) p. 729. - Houve os que sustentaram a contribuição dos ordenamentos tanto internacional quanto interno para a criação de normas consuetudinárias, como ilustrado, inter alia, por certos documentos históricos de direito interno (ordenações) na regulamentação da guerra marítima, pela contribuição de sentenças de tribunais nacionais de presas na formação do direito do mar; cf. G.B.M. Boson, «Fontes do Direito Internacional», 8 Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas

plano teórico, há que se registrar, por exemplo, a tentativa de Roberto Ago de explicação de um direito internacional costumeiro «espontâneo»²⁸, - a que se opôs Josef Kunz²⁹.

O problema dos elementos constitutivos do costume e o processo de criação de regras costumeiras foram amplamente debatidos perante a CPJI no caso *Lotus* (1927), que opôs a França à Turquia. A disputa se originara em uma colisão no alto-mar entre o navio francês *Lotus* e o navio turco *Boz-Kourt*, afundando este último e desaparecendo oito cidadãos turcos; ao chegar o *Lotus* em Constantinopla, seu oficial e o capitão do *Boz-Kourt* foram presos e incriminados; o oficial francês contestou a jurisdição da corte criminal de Istambul. Levado o caso à CPJI, opinou esta que não havia norma que impedisse a Turquia de agir como agiu. No decorrer do procedimento contencioso perante a antiga Corte da Haia, de início a Turquia arguiu, em seu memorial, que o costume internacional devia refletir o consentimento geral dos membros da «sociedade internacional»; ser aplicado uniformemente; ser suficientemente antigo, estável e constante, tendo ademais um caráter de reciprocidade; faltando uma dessas condições, não estaria configurado o costume como «fonte» do Direito Internacional.

A França, a seu turno, invocou precedentes para defender a tese do caráter territorial da jurisdição do Estado, no que foi contestada pela Turquia, que, advogando concepção voluntarista do Direito Internacional, argumentou que o costume não poderia se aplicar necessariamente a todos os Estados - que não contribuíram para sua formação ou a ele não aderiram - independentemente de sua vontade. Em seus argumentos orais, o representante francês (J. Basdevant) defendeu a tese de que havia uma prática *negativa* bem estabelecida pela qual *não* se perseguia o suposto autor de um abaloamento em país outro que o do pavilhão, e tal prática refletia um *consensus gentium*, a opinião comum dos Estados. Contestando, o agente turco (Essat Bey) arguiu que, para impedir os Estados de exercer sua jurisdição, uma abstenção apenas (o ponto de vista de somente um Estado, no caso a França) não bastaria: na ausência de dispositivos convencionais estabelecendo uma regra relativa

Gerais (1956) pp. 23-24. - Ainda no tocante à opinio juris, quer se aplicasse o termo à «convicção» dos Estados, quer se aplicasse às declarações do Estado como pretendia M. Akehurst (op. cit. infra n. (41), pp. 36-37), tal distinção passou a se afigurar irrelevante, dado que era normalmente a partir das declarações e notas oficiais dos Estados que se tentava depreender e identificar suas "convicções". - Para uma discussão teórica sobre o elemento da opinio juris, cf., e.g., R.M. Walden, «Customary International Law: A Jurisprudential Analysis», 13 Israel Law Review (1978) pp. 86-102.

²⁸ I.e., a internacionalidade de uma norma resultaria de sua natureza e não necessariamente do caráter de sua «fonte», pois poderia ela surgir «espontaneamente»; cf. comentários in J.J. Lador-Lederer, «Some Observations on the 'Vienna School' in International Law», 17 Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht (1970) pp. 137-138. Para uma avaliação da teoria do "direito espontâneo", cf. F. Münch, "Le rôle du droit spontané...", in op. cit. infra n. (251), pp. 831-836.

²⁹ Cf., e.g., J.L. Kunz, «The Nature of Customary International Law», 47 American Journal of International Law (1953) pp. 664-665.

a perseguições penais em abalroamentos no alto-mar, caberia examinar se tal princípio houvera sido estabelecido pelo costume internacional, e este só se configuraria através de manifestação coletiva, repetida, recíproca da vontade dos diversos Estados atuando no plano internacional.

Em seu julgamento, a CPJI enfatizou o elemento da vontade dos Estados independentes na formação de regras internacionais convencionais e costumeiras, e admitiu que, na prática, os Estados de fato frequentemente se abstiveram de exercer perseguições penais, mas - acrescentou a Corte significativamente - somente se tais abstenções houvessem sido motivadas pela *consciência de um dever de se abster* é que se poderia conceber a configuração de um costume internacional nesse sentido, a ser levado em conta no caso em questão³⁰. Em Voto Dissidente, o Juiz Nyholm ressaltou que o exame ou busca de uma regra de Direito Internacional comportava uma investigação da maneira pela qual o costume nasce e se cristaliza em «fonte» de Direito Internacional; sua relevância era acentuada pela ausência de um legislativo internacional, e era pela repetição contínua de certos atos que começava a se manifestar uma consciência jurídica internacional³¹.

O que parecia transparecer da decisão da Corte e do processo no caso *Lotus* era uma importância atribuída em princípio ao elemento subjetivo do costume, a *opinio juris sive necessitatis*. É indubitável que o voluntarismo se fêz presente no julgamento da Corte, parecendo sugerir uma penetração do pensamento positivista no raciocínio de seus Juízes. Um exame desse ponto escaparia aos propósitos do presente estudo; cumpre, no entanto, registrar a tendência subsequente da Corte (sobretudo de sua sucessora, a CIJ) de se distanciar, e mesmo desvincular-se, da outrora prevalecente concepção voluntarista do Direito Internacional. No tocante à *opinio juris*, mesmo nas proposições de princípio da CPJI no referido caso *Lotus*, verificou-se uma certa cautela no sentido de evitar asserções categóricas sobre a existência ou não do elemento psíquico do costume nas circunstâncias do *cas d'espèce*.

Este ponto conduz a outro aspecto de capital importância no estudo do costume, a saber, o da *prova* do costume. Este aspecto se tornaria, anos depois, alvo de atenção por parte da CIJ no caso do *Asilo (Colômbia versus Peru, 1950)*³². Na ocasião, a

³⁰ Cf. materiais reproduzidos in: K. Marek, Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice, vol. 2: Les sources du droit international, Genebra, I.U.H.E.I., 1967, pp. 801-831.

³¹ Tanto o Juiz Weiss quanto o Juiz Altamira (dissidentes) ressaltaram o consentimento geral como elemento necessário à formação de regras costumeiras; acrescentou Altamira que não se podia elevar à categoria de costume (per se um fato positivo) a inexistência da repetição de atos mais ou menos numerosos (abstenção), geralmente considerados necessários ao estabelecimento de uma regra costumeira; cf. *ibid.*, pp. 801-831.

³² Os fatos são conhecidos: em suma, após rebelião no Peru em 1948, foi ordenada a prisão de Haya de la Torre, que procurou asilo na Embaixada colombiana em Lima. A Colômbia

Colômbia, *inter alia*, invocou a existência de um pretense costume regional ou local, do chamado Direito Internacional americano, contestado pelo Peru. A Corte, sobre este ponto específico, decidiu que, diante de tantas incertezas e aparentes contradições (quanto ao exercício do asilo diplomático), era-lhe impossível constatar a existência de um costume constante e uniforme, aceito como de direito; fazendo abstração do elemento psíquico do costume, salientou a Corte que cabe à parte que invoca um determinado tipo de costume e nele se baseia provar que ele efetivamente existe³³. Quanto aos meios de comprovação de um costume, o Direito Internacional contemporâneo parece admitir várias formas de prova e liberdade de apreciação³⁴. E há considerável *corpus* de jurisprudência internacional, prática dos Estados e doutrina endossando o princípio da divisão ou distribuição do ônus da prova (quanto a determinadas exceções preliminares) entre as partes litigantes no processo legal internacional³⁵.

No passado, se caracterizou o Direito Internacional consuetudinário como «a generalização da prática dos Estados»³⁶, comportando variações e matizes de Estado a Estado, e mesmo uma certa distância entre os pronunciamentos oficiais dos canais governamentais competentes e as linhas de conduta de política externa efetivamente adotadas e seguidas pelas chancelarias³⁷. Hoje, a *prática internacional* tem um alcance bem mais amplo, abarcando não só a dos Estados, mas também a das organizações internacionais e de outros atores atuantes no plano internacional³⁸.

concedeu-lhe asilo diplomático e solicitou salvo-conduto ao Peru, que contestou a medida. Levado o caso à CIJ, decidiu esta que a concessão do asilo não estava em conformidade com a Convenção de Havana de 1928; no ano seguinte (1951) a Corte proferiu nova sentença sobre o caso.

³³ Cf. observações in P. Guggenheim, *Traité de Droit international public*, vol. I, Genebra, Libr. Univ. Georg & Cie., 1953, pp. 46-48 e 506; cf. também H.W. Briggs, op. cit. supra n. (27), pp. 728-731.

³⁴ Cf., e.g., P. Guggenheim, *Traité de Droit international public*, vol. I, 2a. ed. rev., Genebra, Libr. Univ. Georg & Cie., 1967, p. 105; cf. também M. Sorensen, op. cit. supra n. (2), p. 209; Roger Pinto, «L'organisation judiciaire internationale», *Juris-classeur de Droit international*, fascicule 248, 1961, p. 8. Quanto aos elementos para a comprovação de costume no plano internacional, cf. o valioso memorando do Secretário-Geral da ONU, *Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available*, N.Y., U.N. publ. n. 1949-V-6, 1949, pp. 3-114.

³⁵ Cf. A.A. Cançado Trindade, «The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law», 9 *Revue des droits de l'homme - Droit international et comparé - Paris* (1976) pp. 81-121.

³⁶ Cf. cit. in Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, University Press/Oceana, 1965, pp. 58 e 62, e cf. pp. 56-82.

³⁷ Clive Parry, «The Practice of States», 44 *Transactions of the Grotius Society* (1958-1959) pp. 167 e 159, e cf. pp. 145-186. - Sobre as dificuldades na avaliação da prática dos Estados como «evidência» do Direito Internacional consuetudinário, cf. J.L. Kunz, op. cit. supra n. (24), pp. 667-668.

³⁸ A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1048-1049.

FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO...

Um problema surgido à época da descolonização foi o de se determinar a aplicação ou não do Direito Internacional costumeiro aos novos Estados, recém-emancipados politicamente. A questão mostrou-se de início circundada de incertezas. Se se aplicasse a teoria positivista do consentimento como fundamento último do Direito Internacional, sérias dificuldades surgiriam, pois só as normas com as quais concordassem inteiramente os novos Estados ser-lhes-iam automaticamente obrigatórias; ora, sabe-se que na prática os Estados novos preferiram, ao invés de tentar rejeitar precipitada e irrealisticamente certas normas que pudessem vir a ser-lhes adversas, admitir sua existência e tentar modificá-las o mais rápida e eficazmente possível através de sua atuação nesse sentido em foros internacionais como a Assembléia Geral das Nações Unidas³⁹.

Ademais, como pertinentemente se observou na época, «não há, com efeito, exemplo algum na prática moderna em que reservas tenham sido formuladas à aplicação de regras do Direito Internacional geral. Por outro lado, o surgimento de muitos Estados novos com idéias jurídicas distintas e práticas diferentes pode acarretar mudanças apreciáveis e rápidas no Direito Internacional por meios normais para a formação de costume»⁴⁰.

Dois outros aspectos, com um denominador comum, passaram a ser objeto de atenção, a saber, o da prova do costume e o da aplicação ou não de normas costumeiras aos novos Estados (ou seja, a própria *relatividade* da prática dos Estados). Conforme já visto, a prova do costume pode tornar-se relevante especialmente no tocante ao costume regional (caso do *Asilo*, *supra*). Mas grande parte do registro da prática dos Estados encontra-se guardada e não examinada nos arquivos diplomáticos, dificultando assim a prova da existência de regras costumeiras. O que não dizer da prática dos Estados que emergiram do processo de descolonização, no mais das vezes não publicada, e mesmo inexistente, sobre determinadas questões de Direito Internacional! A prova do costume internacional torna-se, assim, uma questão relativa e não absoluta, e o Estado que puder citar mais precedentes estará em posição mais vantajosa *vis-à-vis* seu oponente, independentemente da modalidade de solução pacífica de eventual controvérsia⁴¹.

³⁹ Os novos Estados têm, com efeito, feito largo uso da Assembléia Geral das Nações Unidas, em áreas como, e.g., a da soberania permanente sobre os recursos naturais, a da exploração do espaço cósmico, a de regulamentação das atividades das corporações transnacionais, a da descolonização; cf. D.W. Greig, *op. cit. supra* n. (24), pp. 28-30; A.A. Cançado Trindade, «Desenvolvimentos Recentes no Direito Internacional Contemporâneo», 24 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (1976) pp. 123-158.

⁴⁰ M. Virally, «The Sources of International Law», *Manual of Public International Law* (ed. Max Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 139-139.

⁴¹ M. Akehurst, «Custom as a Source of International Law», 47 *British Year Book of International Law* (1974-1975) pp. 13-14 e 18-19.

Estados que não disponham de diplomatas e juristas com conhecimento especializado das «fontes» do Direito Internacional e com total acesso e disponibilidade para um exame cuidadoso das evidências - por vezes conflitantes - do direito costumeiro, terão que se contentar com a citação de documentos mais facilmente acessíveis, como tratados bilaterais e multipaterais, resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, resoluções de associações científicas como o *Institut de Droit International* e a *International Law Association*⁴². É inevitável que Estados constantemente atentos aos seus interesses em diversas partes do mundo e que publiquem periodicamente os dados de sua prática internacional (e.g., em forma de digestos) venham a exercer maior influência no desenvolvimento do direito costumeiro do que outros, - não por ser sua prática «intrinsecamente mais importante» do que a dos demais, mas pela publicidade e divulgação que lhe são dadas⁴³.

Outro problema relativo ao costume internacional é o da criação mais ou menos «imediata» de normas costumeiras em áreas novas do Direito Internacional, em que não havia regulamentação alguma anteriormente. Fornecem exemplo marcante, no início da década de sessenta, as resoluções 1721(XIV), 1802(XVII), 1962(XVIII) e 1963(XIX) - particularmente a 1962(XVIII) - da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre a exploração e uso do espaço, resultantes em grande parte de um acordo tácito entre os dois principais atores espaciais, e que vieram a refletir, no dizer de alguns autores, um «costume incipiente» («*inchoate custom*») sobre a matéria⁴⁴.

As resoluções 1721(XVI), de 20.12.1961, e 1962(XVIII), de 13.12.1963, passaram a ser aclamadas como o «capítulo inicial» do tratamento do direito espacial contemporâneo. Sabe-se, hoje, porém, que o «acordo» entre as duas superpotências da época - Estados Unidos e União Soviética - que possibilitou a adoção de tais resoluções não passou sem controvérsias: quanto à forma de tal «acordo», enquanto a União Soviética preferia um tratado, os Estados Unidos insistiam em uma resolução da Assembléia Geral, fórmula esta que a União Soviética foi finalmente persuadida a aceitar, dado o procedimento complicado e politicamente incerto da celebração de tratados em conformidade com o direito constitucional norteamericano⁴⁵. Em artigo sobre a questão publicado em Nova Délhi, Bin Cheng sugeriu a imaginativa expressão, - que se tornou célebre (e que gerou uma certa controvérsia), - «direito costumeiro imediato» («*instant customary law*»), para a atividade regulamentadora supracitada⁴⁶.

⁴² Cf. *ibid.*, p. 51.

⁴³ *Ibid.*, p. 23. Admite o autor que mesmo as reivindicações avançadas pelos Estados no contexto de casos concretos podem contribuir para a formação de novas regras do direito costumeiro; *ibid.*, p. 5.

⁴⁴ G. Arangio-Ruiz, «The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», 137 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1972) p. 525.

⁴⁵ Bin Cheng, *op. cit.* infra n. (46), pp. 23-33.

⁴⁶ Bin Cheng, «United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International

Assim como houve quem por algum tempo propusera, em vão e sem maior fundamentação, a rejeição do elemento subjetivo (*opinio juris*) do costume internacional, Bin Cheng, à luz dos desenvolvimentos no direito espacial, chegou a sugerir, por outro lado, que o direito internacional consuetudinário contava na realidade com apenas um elemento constitutivo, precisamente a *opinio juris*, pois era a prática geral *aceita como de direito* que fornecia evidência da regra costumeira e não vice-versa. Como no plano internacional os Estados eram tidos até certo ponto como criadores das normas que regem o convívio internacional, - argumentou o autor, - tais normas deviam ser tidas por obrigatórias ainda que estivessem existindo por período de tempo bastante curto. Da *opinio juris communis* adviria assim o «direito internacional costumeiro imediato», e as resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, como a 1721 e a 1962 (tecnicamente não obrigatórias), exerceriam a função de identificar a *opinio juris* latente dos Estados membros das Nações Unidas e delinear a existência e conteúdo das novas normas costumeiras, contra as quais não poderiam os Estados membros de boa fé se investir. Assim, o costume, constituído apenas pela *opinio juris communis* ou *generalis* dos Estados (elemento realçado pela própria Corte da Haia nos casos *Lotus* e do *Asilo, supra*), pode não somente surgir «imediatamente» - como no caso das referidas resoluções 1721 e 1962 - como também se modificar em qualquer época⁴⁷.

A despeito de sua originalidade, tal construção veio a ser alvo de críticas. Segundo estas, resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas (como as supracitadas) não poderiam *per se* constituir-se em direito internacional costumeiro, pois, dado seu caráter recomendatório, não poderiam tornar-se obrigatórias aos Estados membros das Nações Unidas. Assim, a expressão «direito costumeiro imediato» mostrar-se-ia contraditória, e melhor seria concentrar em outros meios para explicar a influência de tais resoluções das Nações Unidas do que «falsificar o costume» para esse propósito⁴⁸. No entanto, a natureza jurídica e os efeitos dos atos das organizações internacionais, assim como a contribuição da jurisprudência internacional para a formação de regras costumeiras, serão mais adequadamente analisados mais adiante (cf. *infra*).

Customery Law?», 5 *Indian Journal of International Law* (1965) pp. 23-48.

⁴⁷ Sugeriu ainda Bin Cheng que, no caso das resoluções espaciais das Nações Unidas, tudo indicava que os Estados Unidos admitiam que um «direito costumeiro imediato» pudesse ser criado por meio de resoluções adotadas unanimemente pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Mesmo assim, o autor terminou por admitir que, a longo prazo, o método convencional de se criar o Direito Internacional pela conclusão de tratados permanecia o mais indicado ou apropriado, o mais certo e menos controverso. Cf. Bin Cheng, op. cit. supra n. (46), pp. 23-48. Cf. também I. Herczeg, «Space Treaties and Law-Making Process in International Law», *Questions of International Law* (ed. Hungarian Branch of the International Law Association), Budapeste, Progressprint, 1971, pp. 51-63, esp. p. 53.

⁴⁸ Maarten Bos, op. cit. supra n. (6), pp. 27 e 68.

2. Os Tratados Internacionais

Não caberia, em um estudo dedicado às «fontes» do Direito Internacional, descer a detalhes do direito dos tratados, como fazem alguns manuais de Direito Internacional; as considerações que se seguem se restringem a pontos básicos diretamente pertinentes ao estudo das «fontes». O primeiro deles não poderia ser outro que o do relacionamento próprio entre os tratados e a noção de soberania estatal. Assim, no caso do *Wimbledon* (julgamento de 17.08.1923), a CPJI esclareceu que a conclusão de um tratado, qualquer que seja ele, jamais implica em abandono da soberania do Estado: a faculdade de contrair compromissos internacionais, e seu fiel cumprimento, constituem precisamente atributos da soberania do Estado. Esta não pode ser invocada de encontro ou choque com obrigações convencionais; a jurisprudência internacional aponta no sentido de que os dispositivos do direito interno ou constitucionais não podem ser invocados para evadir obrigações internacionais e prevalecer sobre dispositivos de tratados em vigor. É este um princípio que rege as obrigações internacionais, um princípio de responsabilidade internacional e mesmo de direito costumeiro: um Estado *não* pode evadir-se de suas obrigações internacionais sob o pretexto de sua pretensa incompatibilidade com o seu ordenamento jurídico interno (ou quaisquer atos emanados do poder público - legislativos, executivos ou judiciais)⁴⁹.

Pode-se mesmo acrescentar que a idéia de soberania não mais exerce influência de peso na *interpretação* de tratados⁵⁰, exceto talvez na chamada regra da interpretação restritiva; mas mesmo essa regra encontra-se em processo de franco declínio, senão de desaparecimento. O que a esse respeito se deve ter em mente é que toda obrigação convencional limita os poderes soberanos de *ambos* ou *todos* os Estados Partes, e se tal regra de interpretação restringisse uma parte contratante, teria o efeito de restringir igualmente as demais partes, o que pareceria um absurdo⁵¹.

O crescimento impressionante somente da *United Nations Treaty Series* já seria suficiente para atestar a grande importância da utilização de tratados na prática

⁴⁹ Lord McNair, «Treaties and Sovereignty», *Symbolae Verzijl* (présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXième anniversaire), Haia, M. Nijhoff, 1958, pp. 222-237; Roberto Ago, «Third Report on State Responsibility», *Yearbook of the International Law Commission* (1971) - II: Parte I, pp. 226-233. Na disputa franco-britânica acerca dos Decretos de Nacionalidade em Túnis e Marrocos (1923), a CPJI estipulou que a competência em princípio exclusiva dos Estados em matéria de nacionalidade poderia vir a ser limitada por compromissos assumidos com outros Estados por meio de convenções internacionais; nesse caso, a competência do Estado, em princípio exclusiva, encontrar-se-ia limitada pelas regras de Direito Internacional; cf. K. Marek, *Répertoire...*, op. cit. supra n. (30), pp. 623-674.

⁵⁰ Cf. as regras de interpretação contidas nos artigos 31-33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, e comentários in M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», 151 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1976) pp. 9-112.

⁵¹ Lord McNair, op. cit. supra n. (49), pp. 222-237, esp. pp. 236-237.

internacional e das regras deles derivadas para o Direito Internacional contemporâneo; apenas na primeira década coberta pela *U.N.T.S.*, que se estende de 1945 a 1955, foram editados 225 volumes contendo 3.633 tratados registrados e publicados pelo Secretariado da ONU; já em meados de 1963 a coleção havia atingido 470 volumes contendo 7.420 tratados registrados⁵². Diferenças de enfoque surgiriam, no entanto, no tratamento dos tratados como «fonte» do Direito Internacional.

Enquanto alguns autores britânicos, por exemplo, tendiam a manter que os tratados não são «fontes» do Direito Internacional mas sim fontes de obrigações (G. Fitzmaurice, C. Parry), certos autores europeus continentais vieram a discordar desta postura (A. Verdross); em posição intermediária entre as escolas britânica e continental, Maarten Bos propôs que os tratados são «fontes» do Direito Internacional desde que aumentem ou codifiquem o *corpus* de regras já existentes, e são fontes de obrigações quando, ao contrário, desempenham a função equivalente a de um contrato no direito interno moderno⁵³.

Observe-se, a respeito, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) não dispõe sobre o direito que rege a obrigação internacional dos Estados, mas sim sobre os instrumentos incorporando tais obrigações, quais sejam, os tratados⁵⁴. Ademais, preocupada com problemas práticos, a Convenção rejeita as classificações abstratas de tratados, tão comuns no passado (como, e.g., a distinção entre *traité-contrat* e *traité-loi*)⁵⁵. Das oito partes e anexo componentes da referida

⁵² Dados cit. in M. Virally, op. cit. supra n. (40), p. 123.

⁵³ Maarten Bos, op. cit. supra n. (6), pp. 20-24.

⁵⁴ A Convenção de Viena de 1969 considera «tratado» um termo genérico (abrangendo, e.g., «acordo, ato, carta, convenção, pacto», etc.), significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular. Não há formas prescritas (excluindo-se apenas acordos orais, embora até estes possam ter força jurídica), podendo o tratado comportar mais de um instrumento. Hoje, curiosamente, refere-se até mesmo ao «pacto de cavalheiros» (gentlemen's agreement) - colocado em evidência pelos trabalhos da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar - como «fonte» do Direito Internacional. P.M. Eisemann, «Le gentlemen's agreement comme source du droit international», 106 *Journal du droit international (Clunet)* (1979) pp. 326-349. O autor caracteriza o «pacto de cavalheiros» como um compromisso voluntariamente assumido pelos Estados, quando muito com efeitos jurídicos incompletos, coberto pelo princípio da boa fé e de significação sobretudo política. O gentlemen's agreement foi também utilizado na sessão de 1977 da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável nos Conflitos Armados (cf. *ibid.*, pp. 335-336). Para Eisemann, cumpre estudar o «pacto de cavalheiros» no capítulo das fontes do Direito Internacional principalmente ao se considerar o «dogmatismo do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça» e sua incapacidade de abranger o conjunto de atos normativos que contribuem para a formação das regras do Direito Internacional; *ibid.*, p. 326.

⁵⁵ S. Rosenne, «Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties», *Transnational Law in a Changing Society - Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, e O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, pp.

Convenção de Viena, destacam-se as Partes I-IV (artigos 1-41) como representativas do direito e prática internacionais existentes sobre a matéria e a Parte V (artigos 42-72), sobre nulidade, extinção e suspensão de aplicação de tratados, como refletindo o «desenvolvimento progressivo» do Direito Internacional nesta área⁵⁶.

Somente tratados entre Estados recaíram no âmbito da [primeira] Convenção de Viena de 1969 (artigo 1), o que na época não deixou de ser surpreendente, mormente depois de ter a CIJ estipulado, em 1949, no parecer sobre as *Reparações de Danos*, serem as organizações internacionais (no caso, a ONU) dotadas de personalidade jurídica no plano internacional. No transcorrer da Conferência de Viena de 1968-1969 tal exclusão causou estranheza a muitas Delegações⁵⁷, tanto que o artigo 3 da Convenção houve por bem acrescentar que a exclusão não prejudicaria o valor jurídico de acordos internacionais entre Estados e outros sujeitos do Direito Internacional e a aplicação a esses acordos das regras contidas na Convenção às quais estariam submetidos em virtude do Direito Internacional, independentemente da Convenção de Viena. De todos modos, esta lacuna ficou definitivamente suprida com a adoção, em 1986, da [segunda] Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais⁵⁸.

Ao determinar que um acordo internacional deve ser regido pelo Direito Internacional (artigo 2), a Convenção de Viena de 1969 deixa claro ser tal acordo, portanto, distinto de instrumentos regidos pelas normas dos sistemas jurídicos internos ou nacionais. Mesmo no período intermediário entre a assinatura e a entrada em vigor de um tratado, encontram-se os Estados na obrigação de não derrotar o objeto e propósito do tratado (artigo 18 da Convenção), dispositivo este que decorre do princípio da boa fé⁵⁹, acatado tanto na doutrina quanto na prática. A noção de

202-227.

⁵⁶ Sobre a referida Convenção em geral, cf.: I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973, pp. 1-145; G.E. do Nascimento e Silva, *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Rio de Janeiro, Ed. Ministério das Relações Exteriores, 1971, pp. 11-88; P. Reuter, *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, Paris, Libr. Armand Colin, 1970, pp. 5-89; E. de la Guardia e M. Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, pp. 1ss.; e cf. os comentários elucidativos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, in *International Law Commission Reports (1966)* pp. 10ss..

⁵⁷ Comentários in P.K. Menon, «The Law of Treaties with Special Reference to the Vienna Convention of 1969», 56 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (1978) pp. 133-147, esp. pp. 137-139. - O artigo 4 estabelece a irretroatividade da Convenção de Viena, e o artigo seguinte admite aplicar-se a Convenção a tratado que seja o ato constitutivo de uma organização internacional.

⁵⁸ Cf., a respeito, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 2a. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2002, pp. 199-251.

⁵⁹ Cf., a respeito, Manfred Lachs, «Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law», *Declarations on Principles, A Quest for Universal Peace - Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Roling*, Leyden, Sijthoff, 1977, pp. 47-55; Roger Pinto, *Le droit des relations internationales*, Paris, Payot, 1972, pp. 127-134; Bin Cheng, op. cit.

«objeto e propósito» de um tratado, consagrada na Convenção, foi inicialmente introduzida pela CIJ em 1951 no parecer sobre as *Reservas à Convenção contra o Genocídio*⁶⁰. Foi este mesmo parecer que marcou a passagem gradual, em matéria de reservas a tratados, da regra da unanimidade (de sua aprovação pelos Estados Partes), ao teste de sua compatibilidade com o objeto e propósito do tratado⁶¹.

Os artigos 53 e 64 da Conferência de Viena de 1969 estabelecem a nulidade⁶² e extinção de tratados que conflitam com uma norma imperativa de Direito Internacional geral⁶³ (*jus cogens*). Tais dispositivos podem servir de ilustração das polaridades de tensão entre o bilateralismo e os interesses gerais da «comunidade internacional»: a Convenção oscila constantemente entre ambos, pois, por exemplo, se por um lado salienta o *jus cogens*, por outro lado a Convenção não adota a tese - tão defendida no passado por A. McNair⁶⁴ - de que um tratado poderia gerar um regime de caráter objetivo *erga omnes* em derrogação do princípio clássico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*⁶⁵. Conforme observado por S. Rosenne, no decorrer dos prolongados trabalhos preparatórios sobre a matéria da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, pode-se constatar a presença da noção de «community interest»: primeiramente utilizada por J.-M. Yepes em 1950, a idéia passou depois a aparecer no 1º relatório de J.L. Brierly (o primeiro relator), no 1º relatório de H. Lauterpacht (o segundo relator), ausentando-se dos relatórios de G. Fitzmaurice (o terceiro relator), para enfim ressurgir no 2º relatório de H. Waldock (o quarto e último relator sobre o tema)⁶⁶.

A noção parece ter sido reconhecida pela Convenção de Viena como um todo, tornando, assim, possível, que o direito que ela enuncia não viesse a ser aplicado em base exclusivamente bilateralista; assim sendo, os principais beneficiários viriam a ser «os Estados fracos e pequenos»⁶⁷. A adoção das duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 e de 1986, e o sucesso alcançado nas Conferências de Viena de 1968-1969 e de 1986, respectivamente, representam um prêmio ao grande

infra n. (101), pp. 105-160.

⁶⁰ S. Rosenne, op. cit. supra n. (55), p. 223.

⁶¹ De modo geral, a Convenção de Viena incorporou a flexível doutrina panamericana sobre reservas, consoante tendência nesse sentido da prática internacional já formada na época; I.M. Sinclair, «Vienna Conference on the Law of Treaties», 19 *International and Comparative Law Quarterly* (1970) pp. 47-69. Sobre a questão, cf. artigos 19 e 20 da Convenção de Viena.

⁶² É significativo que, na seção devotada à nulidade de tratados, tivesse a Convenção de Viena de 1969 incluído a coação como vício do consentimento (artigo 51-52). Cf., a respeito, G.E. do Nascimento e Silva, Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, [Rio de Janeiro], MRE, 1971, pp. 78-79.

⁶³ Cf. também o artigo 71 da Convenção.

⁶⁴ Cf. A.D. McNair, op. cit. supra n. (12), pp. 23-36.

⁶⁵ S. Rosenne, op. cit. supra n. (55), p. 207; e cf. Ph. Cahier, op. cit. supra n. (13), pp. 589-736.

⁶⁶ Cf. S. Rosenne, op. cit. supra n. (55), pp. 212-219.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 226-227.

esforço intelectual dos membros da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e um marco significativo no tormentoso processo histórico da codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional⁶⁸.

Se, por um lado, a Convenção de Viena de 1969 deixou de adotar o conceito de tratados estabelecendo «regimes jurídicos de caráter objetivo» (*supra*), por outro lado veio ela a consagrar significativamente o conceito de *jus cogens*⁶⁹, i.e., de normas imperativas de Direito Internacional geral. Os *travaux préparatoires* da Convenção contêm algumas incertezas doutrinárias a respeito⁷⁰, tendo a expressão *jus cogens* encontrado mesmo oposição no início dos debates de 1963; o termo, como tal apareceu pela primeira vez no 3º relatório de Fitzmaurice, voltou a surgir posteriormente no 2º relatório de Waldock⁷¹. Mesmo antes da Conferência de Viena de 1968-1969, nos debates de 1963 e 1966 da Assembleia Geral das Nações Unidas (VI Comissão), ficou claro que a maioria dos internacionalistas dos países em desenvolvimento e dos países do Leste Europeu atribuíam a maior importância ao conceito de *jus cogens*, o mesmo ocorrendo durante a Conferência, em que quase não houve oposição total ao conceito, muito embora as Delegações dos países ocidentais (com o apoio de algumas Delegações latino-americanas e afro-asiáticas) insistissem cautelosamente na necessidade de critérios - ainda que vagos - para a determinação das regras de Direito Internacional que constituíssem *jus cogens*⁷². Tanto depois como antes da adoção do conceito pela Convenção de Viena de 1969, abundante bibliografia especializada veio a florescer no propósito de examinar e desenvolver a noção no âmbito do Direito Internacional contemporâneo⁷³, superando as previsões e

⁶⁸ I.M. Sinclair, op. cit. supra n. (56), pp. 144-145.

⁶⁹ Para um histórico do conceito, remontando ao antigo direito romano, mas ressurgindo principalmente a partir do século XIX, cf. Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties - A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6-11 e 97-108.

⁷⁰ Parecendo indicar que o *jus cogens* pode ser estabelecido por tratados e/ou costume; M. Akehurst, op. cit. supra n. (11), pp. 281-285.

⁷¹ J. Sztucki, op. cit. supra n. (69), pp. 104-105 e 108.

⁷² I.M. Sinclair, op. cit. supra n. (61), pp. 66-69; I.M. Sinclair, op. cit. supra n. (56), pp. 124-129. Dentre estas últimas situa-se a Delegação suíça, cuja declaração a respeito encontra-se reproduzida in P. Reuter, op. cit. supra n. (56), pp. 86-87. O consultor jurídico do Foreign Office britânico adotou igualmente posição cuidadosa, chamando a atenção para as dificuldades da configuração de normas de *jus cogens* acarretadas principalmente por diferenças ideológicas e disparidades na distribuição da riqueza mundial entre os Estados; embora admitindo a validade do conceito de *jus cogens* no Direito Internacional contemporâneo, advertiu para a necessidade de seu desenvolvimento com sabedoria, em prol da comunidade internacional, e não para servir a propósitos políticos a curto prazo, o que poderia minar a «confiança na segurança dos tratados»; I.M. Sinclair, op. cit. supra n. (56), pp. 129-131.

⁷³ Cf., além das citações acima, e.g.: Ch.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publ. Co., 1976, pp. 1ss.; E.Suy, «The Concept of Jus Cogens in Public International Law», in *Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Langonissi, Grécia, 03-08 de abril de 1966), Genebra, C.E.I.P., 1967, pp.

comentários céticos de autores que se precipitaram inadvertidamente em juízos prematuros⁷⁴.

Persiste, no entanto, mesmo em nossos dias, a questão central do conteúdo discernível do *jus cogens*. Um comentário da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas já sugerira, como incompatíveis com as regras de *jus cogens*, tratados que contemplassem o uso ilícito da força (contrário aos princípios da Carta das Nações Unidas), ou qualquer outro ato criminoso sob o Direito Internacional (tráfico de escravos, pirataria, genocídio)⁷⁵. E já em parecer de 1951, no caso das *Reservas à Convenção contra o Genocídio*, a CIJ ressaltara que os princípios humanitários subjacentes àquela Convenção eram reconhecidamente «obrigatórios aos Estados, mesmo na ausência de qualquer obrigação convencional»⁷⁶.

Posteriormente, em célebre passagem da decisão do caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), a CIJ precisou que há certas obrigações internacionais *erga omnes*, obrigações de um Estado *vis-à-vis* a «comunidade internacional» como um todo, que são do interesse de todos os Estados; «tais obrigações derivam, por exemplo, no Direito Internacional contemporâneo, da proibição de atos de agressão, e

17-77; Ch. de Visscher «Positivisme et jus cogens», 75 *Revue générale de Droit international public* (1971) pp. 5-11; M. Virally, «Réflexions sur le jus cogens», 12 *Annuaire français de Droit international* (1966) pp. 5-29; A. Verdross, "Jus dispositivum and Jus Cogens in International Law», 60 *American Journal of International Law* (1966) pp. 55-63; J.A. Barberis, «La liberté de traiter des États et le jus cogens», 30 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Z.f.a.o.R.u.V.]* (1970) pp. 19-45; U. Scheuner, «Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law», 27 e 29 *Z.f.a.o.R.u.V.* (1967 e 1969) pp. 520-532 e 28-38, respectivamente; H. Mosler, "Ius cogens im Völkerrecht», 25 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (1968) pp. 1-40; G. Schwarzenberger, «The Problem of International Public Policy», 18 *Current Legal Problems* (1965) pp. 191-214; K. Marek, "Contribution à l'étude du jus cogens en Droit international», *Recueil d'études de Droit International en hommage à P. Guggenheim*, Genebra, I.U.H.E.I., 1968, pp. 426-459; M. Schweitzer, «Ius cogens im Völkerrecht», 15 *Archiv des Völkerrechts* (1971) pp. 197-223.

⁷⁴ À luz, e.g., das considerações anteriores e tendo presentes as indicações bibliográficas da nota n. (73), supra, parece estranho que um ilustre autor tenha afirmado que a noção de jus cogens «não foi pensada nem aprofundada quando dos debates de Viena» (P. Reuter, op. cit. supra n. (56), p. 21). Acrescenta o autor que, muito embora os casos de nulidade dos acordos internacionais - expondo a concepção moderna dos vícios do consentimento - e a noção de jus cogens constituam as novas tendências e a «parte progressista» da Convenção de Viena, os aspectos tradicionais da Convenção apresentam-se mais sólidos e eficazes que os demais (cf. *ibid.*, pp. 22 e 24): ora, seria altamente surpreendente se se passasse o contrário...

⁷⁵ Cit. in I.M. Sinclair, op. cit. supra n. (56), pp. 121-122, e cf. pp. 130-131; cf. também relatos in S.P.A. Ferrer, «Los conceptos de ius cogens y ius dispositivum y la labor de la Comisión de Derecho Internacional», 21 *Revista Española de Derecho Internacional* (1968) pp. 763-780; E. Schwelb, «Some Aspects of International Ius Cogens as Formulated by the International Law Commission», 61 *American Journal of International Law* (1967) pp. 946-975.

⁷⁶ Parecer de 28 maio de 1951, ICJ Reports (1951) p. 23.

de genocídio, e também dos princípios e regras relativos aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos direitos correspondentes de proteção *ingressaram no corpus do Direito Internacional geral* (...); outros são atribuídos por instrumentos internacionais de caráter universal ou quase-universal»⁷⁷. Nesta linha de reflexão, não há que passar despercebido que, nos casos dos *Testes Nucleares* (Austrália e Nova Zelândia *versus* França, 1973-1974), um dos Estados reclamantes, a Nova Zelândia, argumentou *inter alia* que os testes nucleares empreendidos pelo governo francês na região do Pacífico Sul violavam não apenas o direito da Nova Zelândia de não permitir que nenhum material radioativo penetrasse em seu território, espaço aéreo e águas territoriais assim como os de outros territórios do Pacífico, como *também* «os direitos de todos os membros da comunidade internacional, incluindo a Nova Zelândia, de que nenhum teste nuclear produzindo *fallout* radioativo fosse efetuado»⁷⁸.

Mesmo nos idos de 1927, no caso *Lotus* visto anteriormente, o argumento endossado pela CPJI, no dizer de um de seus Juizes, de que «sob o Direito Internacional tudo o que não é proibido é permitido», foi alvo de severas críticas não só de Voto Dissidente no próprio caso⁷⁹ como de internacionalistas da época⁸⁰. Hoje ninguém duvida de que a era da base supostamente interestatal exclusiva do Direito Internacional pertence ao passado, e a tese esposada pela antiga Corte da Haia em 1927 de que o Direito Internacional governa relações interestatais com fundamento em regras jurídicas emanando tão-somente da «vontade» dos próprios Estados dificilmente refletiria com fidelidade a dinâmica do convívio internacional contemporâneo.

Tal concepção somente poderia ter florescido em época «politicamente segura em termos globais»⁸¹, bem diferente da de hoje⁸², que testemunha o impasse nuclear, a

⁷⁷ Julgamento de 05 de fevereiro de 1970, ICJ Reports (1970) p. 32 §§ 33-34 (ênfase nossa).

⁷⁸ ICJ, Application Instituting Proceedings, de 9 de maio de 1973, pp. 8 e 15-16. Este aspecto foi talvez mais significativo do que o desenrolar final do caso, em que, dada a suspensão dos testes pela França, a Corte, tendo ordenado medidas provisórias de proteção (cf. ICJ Reports (1973) pp. 99-106), recuou em seu julgamento de 20 de dezembro de 1974, mantendo que a disputa deixara de existir e evitando assim pronunciar sobre sua própria competência e a admissibilidade das petições (cf. ICJ Reports (1974) pp. 253-272 e 457-478), um ponto altamente questionável.

⁷⁹ Cf. Voto Dissidente do Juiz Loder, CPJI, caso *Lotus*, Série A, nº 10, Sentença de 07 de setembro de 1927, p. 34 (tal concepção estava em desacordo como o «espírito do Direito Internacional»).

⁸⁰ J.L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 144; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pp. 409-412 e 94-96; e, mais recentemente, G. Herczegh, «Sociology of International Relations and International Law», *Questions of International Law* (ed. G. Haraszti), Budapeste, Progresprint, 1971, pp. 69-71 e 77.

⁸¹ Maarten Bos, "Dominant Interest in International Law", 21 *Revista Española de Derecho Internacional* (1968) p. 234.

crescente vulnerabilidade do Estado territorial, a multilateralização dos contatos internacionais e a intensificação e complexidade das relações transnacionais. Em nossos dias, ante a persistente ameaça dos arsenais de armas de destruição em massa, é a lógica oposta à do caso *Lotus* que se impõe: tudo o que não é expressamente permitido encontra-se terminantemente proibido⁸³.

Nada impede que dispositivos de tratados venham a ingressar no *corpus* do Direito Internacional geral, isto é, venham a gerar regras do direito internacional consuetudinário. Tal possibilidade foi cautelosamente admitida pela própria CIJ, no mesmo ano da conclusão da primeira Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁸⁴. Conforme relata um participante da Conferência de Viena de 1968-1969, na ocasião o representante da Suécia observou que grande parte do conteúdo da Convenção de 1969 «expressava simplesmente regras já existentes no direito costumeiro internacional», ao passo que o representante suíço, a seu turno, acrescentou que, para preencher as lacunas que persistiam, «ainda se tornava necessário, na prática das relações internacionais, recair no costume»⁸⁵.

Com efeito, os próprios artigos 3 e 4 da Convenção contêm a expressão «independentemente da Convenção», que, na explicação do *chairman* do Comitê de Redação da Conferência de Viena (M.K. Yasseen), tornou-se necessária «a fim de demonstrar que as regras estabelecidas na Convenção poderiam se aplicar, não como artigos da Convenção, mas com outros fundamentos, porque derivavam de outra fonte; por exemplo, o costume»⁸⁶. I. Sinclair destacou ainda, a esse respeito, a referência do artigo 38 (*infra*) ao direito internacional costumeiro (podendo este ampliar a aplicação de regras convencionais), e o disposto no artigo 43 acerca de

⁸² Kaplan e Katzenbach argumentam que o estudo das "fontes" do Direito Internacional deveria ater-se não apenas aos dados técnicos mas também às considerações políticas (subjacentes às decisões judiciais internacionais). Assim, por exemplo, a evolução, ocorrida há alguns anos atrás, do sistema de equilíbrio de poder para o bipolar flexível acarretou várias implicações para a política interna dos Estados e para a preservação ou não de pelo menos alguns tratados; M.A. Kaplan e N. de B. Katzenbach, *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Zahar, 1964, pp. 282-283, 263-264, e cf. p. 366. - Sobre a questão da «mudança fundamental de circunstâncias» no direito dos tratados contemporâneo (artigo 62 da Convenção de Viena), cf., e.g., E.B. Impallomeni, *Il Principio 'Rebus Sic Stantibus' nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 1-50; e cf., anteriormente, e.g., O. J. Lissitzyn, «Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)», 61 *American Journal of International Law* (1967) pp. 895-922.

⁸³ A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, op. cit. supra n. (38), p. 1099.

⁸⁴ Em relação ao princípio da equidistância (para a delimitação de áreas da plataforma continental entre Estados adjacentes) consagrado no artigo 6 da Convenção de Genebra de 1958 sobre a Plataforma Continental; cf. caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (Dinamarca e Países-Baixos versus República Federal da Alemanha), sentença de 20 de fevereiro de 1969, ICJ Reports (1969) p. 41.

⁸⁵ Cit. in I.M. Sinclair, op. cit. supra n. (56), pp. 9 e 11.

⁸⁶ Cit. in ibid., p. 8.

obrigações impostas aos Estados pelo Direito Internacional, independentemente de um tratado⁸⁷: em todo caso, é sempre bom ter em mente que não se trata propriamente de efeitos de tratados *vis-à-vis* Estados terceiros, mas sim de um processo pelo qual dispositivos originalmente convencionais podem tornar-se obrigatórios a Estados terceiros *qua* regras do Direito Internacional costumeiro; o processo, tecnicamente alheio ao direito dos tratados propriamente dito, é fundamentalmente o da formação do costume internacional⁸⁸ (*supra*).

A esse respeito, a advertência contida no artigo 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é inequívoca, ao dispor expressamente que «nada nos artigos 30 a 33⁸⁹ impedirá uma regra prevista em um tratado de tornar-se obrigatória para terceiros Estados como regra *consuetudinária* de Direito Internacional, *reconhecida com tal*»⁹⁰. Mas se uma regra incorporada inicialmente em um tratado é ou não aceita posteriormente como uma regra de direito consuetudinário «é uma questão de fato», não cabendo aplicar critérios apriorísticos para tentar distinguir entre normas capazes e incapazes de se desenvolverem em regras costumeiras⁹¹.

Há, enfim, que aqui focalizar um aspecto relevante mas até hoje negligenciado, qual seja, o da significação de certas convenções não-ratificadas para a formação do costume internacional. Conforme observou C.Th. Eustathiades, os esforços modernos de codificação, que vão «bem mais além da mera expressão do direito internacional costumeiro» do que convenções de outrora, caracterizam-se cada vez mais pela inclusão do elemento do «desenvolvimento progressivo» do Direito Internacional⁹². Ora, pode ocorrer que mesmo alguma das chamadas «convenções de codificação» (tais como, e.g., as próprias Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e 1986, as Convenções de Genebra de 1958 - seguidas da de Montego Bay de 1982 - sobre o Direito do Mar, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas

⁸⁷ Dispõe o artigo 43 da Convenção de Viena que «a nulidade, a extinção, a denúncia, a retirada de uma das Partes ou a suspensão da aplicação de um tratado como consequência da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado não prejudicarão, de qualquer forma, o dever de um Estado de cumprir qualquer obrigação incorporada no tratado à qual estaria sujeito de conformidade com o Direito Internacional, independentemente do tratado».

⁸⁸ I.M. Sinclair, op. cit. *supra* n. (56), p. 10, e cf. pp. 23-26: a Convenção de Viena é em parte declaratória do direito costumeiro existente, e constitui em parte "desenvolvimento progressivo» do Direito Internacional, que por sua vez pode vir a gerar (novas) regras de direito costumeiro internacional.

⁸⁹ Os artigos 31 a 33 versam sobre a interpretação de tratados, ao passo que o artigo 30 diz respeito à aplicação de tratados sucessivos sobre o mesmo assunto.

⁹⁰ [Ênfase acrescentada]. Esta última expressão, «reconhecidas como tais», requer uma referência às considerações anteriores sobre a *opinio juris* como elemento componente do costume internacional (*supra*). - A esse respeito, cf. e.g., as ponderações da CIJ no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, ICJ Reports (1969) p. 41 § 71.

⁹¹ M. Akehurst, op. cit. *supra* n. (41), p. 50.

⁹² C.Th. Eustathiades, *Unratified Codification Conventions* (Gilberto Amado Memorial Lecture), Genebra, United Nations Publ., 1973, pp. 2 e 10.

de 1961, e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963) não logre - ainda que por algum tempo - obter o número suficiente e necessário de ratificações para entrar em vigor⁹³.

É, no entanto, inegável, que uma «convenção de codificação» assinada e que não tenha entrado em vigor, mas que tenha alcançado um número substancial de ratificações significativas, possa contribuir para formação do costume internacional, e que uma regra nela incorporada possa, sob certas condições, tornar-se uma regra do Direito Internacional geral⁹⁴. Invocando a decisão da CIJ no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países Baixos *versus* República Federal da Alemanha, 1969), ponderou C.Th. Eustathiades que, «no caso de uma convenção de codificação *latu sensu*, em outras palavras, uma convenção que codifique e `desenvolva progressivamente' o Direito Internacional, uma convenção que, por assim dizer, contenha inovações, o processo de codificação considerado independentemente da ratificação pode gerar novas regras costumeiras e assim alterar os direitos e deveres dos Estados independentemente do consentimento que a convenção deles requeira para tornar-se válida como tal»⁹⁵.

3. Os Princípios Gerais do Direito

A inclusão dos princípios gerais do direito dentre as «fontes» do Direito Internacional consignadas no artigo 38 do Estatuto da CIJ poderia ser explicada, conforme já indicado, a partir de uma fundamentação jusnaturalista do Direito Internacional (correspondente a uma das concepções existentes - cf. *supra*). Tal inclusão veio a confirmar uma prática arbitral anterior, que contribuiu para a configuração da terceira «fonte» do Direito Internacional, historicamente mais recente que o costume e os tratados⁹⁶. Persistiam, no entanto, diversas dúvidas e incertezas acerca do sentido dos princípios gerais do direito: para uns, a expressão dizia respeito aos princípios do Direito Internacional propriamente dito, enquanto que para outros se referia aos princípios dos direitos internos dos diversos Estados⁹⁷; para

⁹³ As razões dessa não-ratificação podem variar desde uma oposição genuína ao conteúdo de uma convenção até dificuldades puramente técnicas ou administrativas (e.g., falta de especialistas ou conhecimento insuficiente do tema da convenção, dificuldades de tradução, etc.), e nem sempre um atraso na ratificação significa oposição à convenção; pode ocorrer que o Estado simplesmente não considera a ratificação tão urgente quanto certos problemas internos; cf. *ibid.*, pp. 3-4 e 7.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 7-8 e 12-13; «no passado a força de uma convenção assinada e não-ratificada no Direito Internacional geral estava fora de dúvida no caso de uma convenção declaratória do direito costumeiro, e hoje tal força é fortalecida por sua extensão a convenções de codificação contendo novas regras em aditamento às existentes, i.e., pelo fato de abranger igualmente as novas regras» (*ibid.*, p. 7).

⁹⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁹⁶ P. Guggenheim, «Contribution à histoire des sources du droit des gens», 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 72-76 e 80-81.

⁹⁷ M. Virally, por exemplo, advogava que os «princípios gerais do direito» derivam dos sistemas jurídicos nacionais, ou do direito interno em geral, ao passo que os «princípios do

uns eram princípios de direito natural, ao que outros se opunham; havia ainda a referência aos princípios reconhecidos pelas chamadas «nações civilizadas»⁹⁸.

Esta última expressão, na época eivada de um cunho eurocêntrico, pode hoje ser lida de outro modo. Países civilizados são os que efetivamente respeitam o Direito Internacional⁹⁹ e os direitos inerentes à pessoa humana, de todos os seres humanos que se encontrem sob suas respectivas jurisdições¹⁰⁰. Enquanto a linha divisória entre tratados e costume se mostrava clara, nem sempre era tão fácil distinguir as regras costumeiras dos princípios gerais do direito¹⁰¹. Na verdade, controvérsias se fizeram presentes durante a própria redação, pela Comissão Consultiva de Juristas designada para tal¹⁰², do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia em junho e julho de 1920. Os principais protagonistas do debate sobre os princípios gerais do direito foram o Barão Descamps, Lord Phillimore e o Sr. E. Root.

O Barão Descamps, que acreditava em uma «justiça objetiva» (presente em teorias do direito natural), propusera originalmente à Comissão a expressão «consciência jurídica dos povos civilizados», contra cujo subjetivismo se insurgiu o Sr. E. Root¹⁰³. Lord Phillimore elaborou, juntamente com E. Root, uma emenda à proposta de Descamps. A conciliação, entre os princípios de «justiça objetiva» de Descamps, e os princípios de «direito comum» (Phillimore) ou reconhecidos pelas nações «civilizadas» *in foro domestico* (Root), operou-se com a expressão «princípios gerais do direito»¹⁰⁴.

A expressão incorporou, no entanto, a tensão da polaridade entre o jusnaturalismo (os princípios universais de justiça objetiva) e o positivismo (a busca dos princípios do direito cristalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais)¹⁰⁵. É,

Direito Internacional» derivam do costume e dos tratados. Para ele, os «princípios de Direito Internacional» consignados em declarações de organizações internacionais não constituem per se uma fonte distinta do Direito Internacional, dada a inexistência de um «legislativo» internacional; poderiam, no entanto, vir a tornar-se regras de Direito Internacional se originados em tratados ou no costume. M. Virally, op. cit. supra n. (40), pp. 144-146.

⁹⁸ D.W. Greig, op. cit. supra n. (24), p. 27, e cf. pp. 26-31; Bin Cheng, op. cit. infra n. (101), pp. 2-6.

⁹⁹ J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 180-181.

¹⁰⁰ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 344.

¹⁰¹ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 23. Cf. também as observações críticas de Ch. Chaumont, «Cours général de Droit international public», 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1970) pp. 456-464.

¹⁰² Para sua composição, cf. item II, supra.

¹⁰³ A expressão fora também utilizada por Clovis Bevilacqua.

¹⁰⁴ P. Guggenheim, op. cit. supra n. (96), pp. 76-77; Bin Cheng, op. cit. supra n. (101), pp. 6-21; Maarten Bos, op. cit. supra n. (6), pp. 33-39.

¹⁰⁵ Uma confrontação das duas teses é visível pela comparação dos escritos de, e.g., A.

porém, inegável, que a expressão estabelece um claro liame entre o direito interno e o Direito Internacional¹⁰⁶. Posteriormente passou a se insistir em um estudo científico dos direitos internos dos diversos Estados como o guia mais seguro para a identificação dos princípios gerais do direito; tal estudo requereria um levantamento o mais completo possível de direito comparado¹⁰⁷. Subsistiram, no entanto, algumas dificuldades, como a incerteza se um princípio geral do direito devia ser comum a todos os países ou a apenas a determinada maioria deles; Akehurst sugeriu que «grande parte da dificuldade de se provar os princípios gerais do direito poderia ser evitada se os tribunais internacionais se limitassem a aplicar os princípios gerais do direito comuns às partes litigantes, sem indagar se tais princípios existem nos direitos internos de outros Estados»¹⁰⁸. Já a pretensa dificuldade gerada pelo fato de não serem os princípios gerais do direito reconhecidos como «fonte» do Direito Internacional na [então] União Soviética¹⁰⁹ não deveria ser exagerada, pois são eles reconhecidos como «fonte» do Direito Internacional em países como a China, a Hungria e a Iugoslávia¹¹⁰.

Já na década de cinqüenta se tentavam identificar exemplos de princípios gerais do direito, reconhecidos pelas chamadas «nações civilizadas», tais como o princípio da boa fé, o princípio da *res judicata*, o princípio proscrevendo o abuso de direitos, dentre outros¹¹¹. Em relação aos princípios gerais do direito nos procedimentos judiciais, há que se mencionar um substancial estudo, sob os auspícios da [então] Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de Minorias das Nações Unidas¹¹², sobre a igualdade na administração da justiça, baseado em dados

Truyol y Serra (op. cit. supra n. (10), pp. 141-143), por um lado, e P. Guggenheim, enfático defensor da concepção positivista da expressão, por outro lado (op. cit. supra n. (96), pp. 77-79).

¹⁰⁶ Maarten Bos, op. cit. supra n. (6), pp. 33-39.

¹⁰⁷ M. Akehurst, «Equity and General Principles of Law», 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 817-819; A.A. Cançado Trindade, "La méthode comparative en Droit international: une perspective européenne", 55 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (1977) pp. 273-287; L.C. Green, «Comparative Law as a 'Source' of International Law», 42 *Tulane Law Review* (1967) pp. 52-66.

¹⁰⁸ M. Akehurst, op. cit. supra n. (107), pp. 824 e 820.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 815-816; e cf. observações críticas de G.I. Tunkin, *Droit international public - problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 119-127.

¹¹⁰ M. Akehurst, op. cit. supra n. (107), p. 815. O argumento central do autor é o de que os princípios gerais do direito parecem fornecer o melhor critério ou base para determinar o conteúdo da própria equidade, e o reconhecimento de tais princípios como «fonte» do Direito Internacional torna a equidade (como conceito autônomo) redundante como uma espécie de subgrupo dos princípios gerais do direito; cf. *ibid.*, pp. 801-825. Sobre a equidade, cf. observações infra.

¹¹¹ Cf. Bin Cheng, op. cit. supra n. (101), pp. 25-26ss.; cf. também M. Virally, op. cit., supra n. (40), p. 148; G.B.M. Boson, op. cit. supra n. (27), p. 27.

¹¹² Atualmente intitulada Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

concernentes aos sistemas jurídicos internos de inúmeros Estados¹¹³. Vale, ademais, relembrar que o artigo 38 da Corte Internacional, tal como adotado (isto é, contendo referências *inter alia* ao costume e aos princípios gerais do direito), veio, na ponderação de um especialista na matéria, repudiar a tese de que «somente as regras criadas por meio de um processo formal são válidas», e sustentar o ponto de vista de que, «como os sistemas jurídicos internos, o Direito Internacional contém um certo número de princípios não-formulados»¹¹⁴.

4. Valor da Jurisprudência Internacional (Decisões Judiciais e Arbitrais)

Não há como negar à grande massa de decisões arbitrais e judiciais o caráter de «fonte» do Direito Internacional, ainda que operando de modo intermitente e sendo as decisões não raro de peso desigual (i.e., algumas mais inovadoras ou criativas do que outras). Decisões da CIJ, e.g., podem conter um reconhecimento judicial, ou mesmo proceder à aplicação de um costume geral¹¹⁵. Há aqui que se observar que os tribunais de onde emanam as «decisões judiciais» aqui consideradas compreendem não apenas os tribunais internacionais, mas também os administrativos internacionais e os nacionais¹¹⁶. Não se poderia deixar de considerar estes últimos, conforme acentua o estudo de R. Falk, dada a ênfase «horizontal» do ordenamento jurídico internacional, de estrutura descentralizada, e em que são chamados a exercer importante função os tribunais nacionais, no domínio em que os ordenamentos jurídicos nacional e internacional interagem¹¹⁷.

¹¹³ Cf. M.A. Abu Rannat, *Study of Equality in the Administration of Justice*, N.Y., United Nations, 1972, pp. 1-270.

¹¹⁴ Bing Cheng, *op. cit. supra n. (101)*, p. 23. - Sobre a utilidade, para os tribunais, de recorrer aos «princípios gerais do direito», cf. M.O. Hudson, *International Tribunals - Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution, 1944, p. 108. - E sobre a aplicação dos «princípios gerais do direito» nas decisões de organismos internacionais (e.g., a OIT), cf. e.g., M. A. Kaplan e N. de B. Katzenbach, *op. cit. supra n. (82)*, p. 28. M. Bos sugeriu que «fontes» escritas, como os tratados, certas decisões judiciais, e algumas decisões judiciais, e algumas decisões de organizações internacionais, prestam-se mais à indução. Maarten Bos, *op. cit. supra n. (6)*, p. 7.

¹¹⁵ Como nos casos do Lotus (1927), do Wimbledon (1923), do Canal de Corfu (1947), das Reservas à Convenção contra o Genocídio (1951), de Nottebohm (1955), - ou de um costume especial, a exemplo dos casos do Asilo (1950), dos Nacionais dos EUA em Marrocos (1952) e do Direito de Passagem (1960); cit. in A.A. D'Amato, *The Concept of Custom...*, *op. cit. supra n. (24)*, pp. 251-252. Sobre o precedente judicial como fonte do Direito Internacional, cf. H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens, 1958, pp. 20-22, e cf. também pp. 155-157 e 368-393.

¹¹⁶ D.W. Greig, *op. cit. supra n. (24)*, pp. 31-39. Para um estudo da jurisprudência dos tribunais administrativos internacionais, cf. A.A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations», *57 Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (1979) pp. 81-123, e referências.

¹¹⁷ R.A. Falk, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, 1964, pp. 21-52 e 170.

Muito embora não fizesse a jurisprudência da CIJ referência expressa alguma a qualquer norma costumeira baseada na atividade dos tribunais internos, já na década de cinquenta houve Juizes que se anteciparam, referindo-se a essa questão em Votos Dissidentes: assim, no caso das *Zonas de Pesca* (1951), o Juiz Read se referiu à utilização, *inter alia*, por inúmeros tribunais internos, do método de delimitação da extensão das águas territoriais, a partir da linha costeira; pouco depois, no caso do *Ouro Monetário em Roma* (1954), o Juiz Levi Carneiro também recorreu à prática dos órgãos judiciais internos¹¹⁸. Estes últimos podem, com efeito, em muito facilitar a operação do próprio Direito Internacional (em âmbito nacional)¹¹⁹. Vê-se aqui uma área de interação significativa da atuação dos tribunais internacionais e dos tribunais internos.

Assim como decisões judiciais de tribunais internacionais podem clarificar certas questões de direito interno, decisões judiciais de tribunais nacionais podem igualmente trazer uma importante contribuição ao discorrerem acerca de questões de Direito Internacional¹²⁰. Há, aqui, um campo fértil de estudos, aberto aos pesquisadores, com o enfoque voltado para a posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para o exame ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou para a implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos¹²¹. Controvérsias acerca da suposta «primazia» de uma, ou outra, ordem jurídica - a nacional e a internacional, - tornam-se, assim, supérfluas. Por meio desse novo

¹¹⁸ Cf. ICI Reports (1951) p. 192 e (1954) p. 44, respectivamente, cit. in J. A. Barberis, "Les arrêts des tribunaux nationaux et la formation du droit international coutumier", 46 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* (1968) pp. 247-253; para o autor, mesmo à luz da jurisprudência anterior da CPJI, assim como da doutrina, é possível e viável a criação de regras costumeiras por meio da jurisprudência interna (nacional).

¹¹⁹ F. Morgenstern, «Judicial Practice and the Supremacy of International Law», 27 *British Year Book of International Law* (1950) p. 90. - Há mesmo quem sugira que talvez a contribuição mais significativa dos tribunais internacionais, durante várias décadas, para a elucidação e desenvolvimento das regras do Direito Internacional costumeiro, tenha ocorrido na área de proteção dos direitos de estrangeiros (i.e., nacionais no exterior), em relação aos quais se estabeleceram standards pelos tribunais internos em inúmeros países, particularmente no tocante aos direitos básicos à vida e à liberdade pessoal. Bin Cheng, «The Contribution of International Courts and Tribunals to the Protection of Human Rights under International Customary Law», *International Protection of Human Rights - Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (ed. A. Eide & A. Schou, Oslo, 1967), Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 167-175. Cf. também C. H. Schreuer, «The Impact of International Institutions on the Protection of Human Rights in Domestic Courts», 4 *Israel Yearbook on Human Rights* (1974) pp. 60-88.

¹²⁰ C.H. Schreuer, «The Authority of International Judicial Practice in Domestic Courts», 24 *International and Comparative Law Quarterly* (1975) pp. 180-183.

¹²¹ A.A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts», 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-360, e referências bibliográficas.

enfoque pode-se evitar o antagonismo irreconciliável e ocioso entre as duas posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas premissas.

5. Valor da Doutrina

O próprio artigo 38 do Estatuto da CIJ indica expressamente que a doutrina, assim como as decisões judiciais, constituem meio *auxiliar* para a determinação das regras de direito. A referência à doutrina é acompanhada de um qualificativo, a saber, «a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações»¹²². Talvez a influência dos autores tenha sido mais marcante na época de formação do Direito Internacional do que em nossos dias¹²³, a exemplo dos clássicos¹²⁴. Muito embora haja uma tendência a atribuir à doutrina hoje posição relativamente modesta dentre as «fontes» do Direito Internacional, não se deve, no entanto, negligenciá-la. Aos ensinamentos doutrinários sempre recorrem os atores no cenário internacional quando se trata de fundamentar suas posições.

Em determinados casos, ainda que raros, um ou outro autor logrou influenciar a própria evolução do Direito Internacional em áreas específicas, como é o caso da sistematização de E.M. Borchard de vasto material, antes de sua obra desordenado, acerca da proteção diplomática de cidadão no exterior¹²⁵. Outro exemplo diz respeito ao direito do mar: muito embora tenham os Estados reivindicado direitos restritos em áreas adjacentes ao seu mar territorial muito antes de G. Gidel começar a escrever sobre tais reivindicações¹²⁶, «foi Gidel quem produziu o conceito de zona contígua como base para discussão acerca da validade de tais reivindicações»¹²⁷. Recorde-se, ademais, a considerável influência da doutrina latinoamericana (mormente de cunho defensivo) para a consagração de determinados princípios do Direito Internacional, como os princípios da igualdade jurídica dos Estados, da não-intervenção nas relações interestatais, e da solução pacífica das controvérsias internacionais¹²⁸.

Uma característica da doutrina, que pode, no entanto, não raro ser tida como uma limitação, é o fato de refletir as percepções do Direito Internacional prevalentes em

¹²² Artigo 38(1)(d) do Estatuto da CIJ.

¹²³ Cf., nesse sentido, M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 2a. ed., London, G. Allen & Unwin, 1971, p. 55.

¹²⁴ E.g., inter alia, Hugonis Grotii, *De Iure Belli ac Pacis* (ed. B.M. Telders), The Hague, M. Nijhoff, ed. 1948, pp. 1-195.

¹²⁵ E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, N.Y., Banks Law Publ. Co., 1916, pp. 1ss.; e cf. ponderações a respeito in Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, University Press/Oceana, 1965, p. 107.

¹²⁶ Cf. Gilbert Gidel, *Le droit international public de la mer*, 3 vols., Châteauroux, Mellottée, 1932-1934.

¹²⁷ M. Akehurst, op. cit. supra n. (123), pp. 55-56.

¹²⁸ Para uma avaliação recente, cf. A.A. Cançado Trindade e A. Martínez Moreno, *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 5-64.

cada país; lembrem-se, por exemplo, nesse sentido, certos hábitos derivados do próprio sistema jurídico interno e a tendência de preferir citações de autores do próprio idioma¹²⁹. Acrescente-se o risco de um abordamento dogmático e autoritário, e portanto irrealista e inadequado, da disciplina. Certamente haverá sempre variações na interpretação das normas do Direito Internacional de país a país, e é natural e até certo ponto inevitável que isto ocorra. O que é de se evitar é uma ênfase *exagerada* em idiosincrasias, que nem sempre refletem com fidelidade as regras do convívio internacional.

Não obstante, cumpre ter em mente que a inserção da doutrina - além dos princípios gerais do direito - no elenco das "fontes" do Direito Internacional consagrado no artigo 38 do Estatuto da CIJ não há que ser minimizada, precisamente por independe do voluntarismo estatal; ademais, tampouco há como negar que as grandes doutrinas do Direito Internacional, sedimentadas no tempo, tenham contribuído ao "desenvolvimento da consciência jurídica e dos sentimentos de sociabilidade internacional"¹³⁰. A influência dos ensinamentos em matéria de Direito Internacional, como bem ressaltou M. Lachs, se irradia bem mais além da esfera pedagógica, alcançando a própria prática do Direito Internacional¹³¹.

E como bem assinalou também A. de La Pradelle, os juízes e árbitros internacionais mantêm-se conscientes das autolimitações inerentes a suas funções, e os representantes dos Estados só vislumbram seus próprios interesses, não raro de modo intransigente; assim, a doutrina retém sua função criadora¹³². Importa - agregou ele - que a "alta especulação do espírito" se empenhe livremente na "pesquisa objetiva de uma verdade jurídica", e com ainda maior força ao se ter em mente que a fixação de regras, tidas como obrigatórias para os Estados "independentemente de seu consentimento formal", não poderia "ser empreendida pelos próprios Estados"¹³³.

Cabe, ademais, ter presente que a doutrina não se limita à dos autores, mas abarca igualmente a emanada dos órgãos colegiados. Em 1977, sugeriu Maarten Bos que a importância dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional (CDI)¹³⁴ das Nações Unidas talvez transcendesse a da doutrina na acepção clássica (as lições de autores), não só por representar - como a doutrina - os ensinamentos dos publicistas mais altamente qualificados, mas também por possuir uma *qualidade internacional* não encontrável na doutrina tradicional, e por refletir hoje o pensamento de um corpo

¹²⁹ Ibid., pp. 55-56, também para exemplos.

¹³⁰ N. Mateesco, *Doctrines-écoles et développement du droit des gens*, Paris, Pédone, 1951, pp. 25 e 45.

¹³¹ M. Lachs, *The Teacher in International Law*, 2a. ed. rev., Kluwer, Nijhoff, 1987, pp. 159-229.

¹³² A. de La Pradelle, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, 2a. ed., Paris, Éds. Internationales, 1950, p. 7.

¹³³ Ibid., pp. 7-8.

¹³⁴ Cf., a respeito, e.g., United Nations, *The Work of the International Law Commission*, 5a. ed., N.Y., U.N., 1996, pp. 1-501.

quase-diplomático, tido como "realista", não distanciado das chancelarias e dos órgãos políticos das Nações Unidas e de outras organizações internacionais¹³⁵.

A composição atual da CDI não é mero fruto do acaso e chega a contrastar com sua formação de anos atrás, em que juristas eminentes compunham a Comissão. Seus primeiros projetos, talvez demasiado pessoais, raramente se prestaram ao uso dos Estados, o que acarretou uma crescente «politização» da CDI. Hoje se encontra ela mais voltada à elaboração, com o concurso de diversos Estados, de «textos verdadeiramente úteis e amplamente debatidos de forma a atingir os fins almejados de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional»¹³⁶. Daí resulta que os trabalhos mais recentes da CDI apresentem, na observação de R.Y. Jennings, uma certa confrontação em nível científico dos interesses variados de diferentes Estados¹³⁷.

Ainda na mesma linha de trabalhos conjuntos ou de equipe, cabe citar os trabalhos de órgãos homólogos, atuantes no plano regional, a exemplo da Comissão Jurídica Interamericana (CJI)¹³⁸ da Organização dos Estados Americanos (OEA), e do Comitê Jurídico Consultivo Afro-Asiático (CJCAA)¹³⁹. Aos trabalhos destes órgãos se somam as obras de associações científicas internacionais, como, em particular, o renomado *Institut de Droit International*; a este se agregam a *International Law Association*, e o *Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional* (IHLADI), dentre outros. Os *Anuários* e *Relatórios* destas associações científico-acadêmicas, dentre outras, constituem um manancial precioso de ensinamentos que permitem acompanhar a evolução da doutrina sobre diversos capítulos e temas do Direito Internacional¹⁴⁰.

¹³⁵ M. Bos, op. cit. supra n. (6), p. 64.

¹³⁶ A.A. Cançado Trindade, "La méthode comparative en Droit international...", op. cit. supra n. (107), p. 275.

¹³⁷ R.Y. Jennings, «Recent Developments in the International Law Commission: Its Relation to the Sources of International Law», 13 *International and Comparative Law Quarterly* (1964) p. 390.

¹³⁸ Para uma avaliação, cf., e.g., Renato Ribeiro, "A Contribuição da Comissão Jurídica Interamericana ao Desenvolvimento e à Codificação do Direito Internacional", in XVI Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (1989), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1991, pp. 150-168; A.A. Cançado Trindade, "The Inter-American Juridical Committee: An Overview", in *The World Today*, Londres, Royal Institute of International Affairs (Chatham House), novembro de 1982, pp. 437-442.

¹³⁹ Para uma avaliação, cf., inter alia, AALCC, Asian-African Legal Consultative Committee - Report and Selected Documents (XXXII Session, 1993), New Delhi, AALCC Secretariat, 1993, pp. 1-312.

¹⁴⁰ Cf. *Institut de Droit International*, *Livre du Centenaire 1873-1973: Évolution et perspectives du droit international*, Bâle, Karger, 1973, pp. 124-473; G. Fitzmaurice, "The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law", 138 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1973) pp. 211-259; *International Law Association, The Present State of International Law - 1873-1973*, Kluwer, Deventer, 1973, pp. 3-392. Cf. também: Ch. Dominicé, "La contribution de l'Institut de Droit

6. O Elemento da Equidade

No decorrer dos trabalhos de redação, em 1920, do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia (CPJI), a Comissão Consultiva de Juristas nomeada para tal (cf. *supra*) concebeu a função da equidade como sendo bastante restrita, só devendo se aplicar se autorizada pelas partes; na ocasião, um dos membros da Comissão, o Sr. E. Root, advertiu a respeito que a futura Corte não deveria ter o poder de legislar¹⁴¹. Com efeito, a noção de equidade, que pelo parágrafo 2 do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia (CPJI e CIJ) ocupa posição tão somente secundária dentre as «fontes» do Direito Internacional, sempre foi acompanhada de dúvidas e incertezas¹⁴². O artigo 38(2) limita-se a preservar «a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem».

A doutrina mostrou-se dividida até mesmo no que tange às relações entre a equidade e as demais «fontes» do Direito Internacional consagradas no artigo 38 do Estatuto da Corte. A distinção, por exemplo, entre a equidade e os princípios gerais do direito nem sempre foi compreendida com suficiente clareza. A esse respeito, vale recordar o ensinamento de Charles de Visscher de que, enquanto os princípios gerais do direito, assim como os tratados e o costume, revestem-se de «um caráter de generalidade ou de positividade», a equidade, por outro lado, «caracteriza-se essencialmente como uma expressão individualizada da justiça»¹⁴³.

Segundo a celebrada classificação tripartite das funções da equidade, pode esta aplicar-se *infra legem* (adaptando o direito aos fatos dos casos concretos), *praeter legem* (preenchendo lacunas no direito), ou *contra legem* (como meio de recusar-se a aplicar leis injustas). Nem sempre esta classificação tem refletido com fidelidade a prática da matéria, e tem-se admitido que essas três funções possam até certo ponto mesmo fundir-se entre si. A doutrina concorda em que a equidade *contra legem* não poderia se aplicar na ausência de uma autorização expressa nesse sentido (como no artigo 38(2) do Estatuto da Corte, *supra*); a equidade *praeter legem* é de reduzida aplicação na atualidade, pelo simples fato de que as lacunas no Direito Internacional são hoje muito menos numerosas do que no passado; resta, assim, a equidade *infra legem*, a forma mais usual de sua aplicação, como, por exemplo, em disputas fronteiriças¹⁴⁴.

International au développement du Droit de l'organisation internationale", in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos - Droit et justice* (ed. R.-J. Dupuy), Paris, Pédone, 1999, pp. 101-115; P. de Visscher, "La contribution de l'Institut de Droit International à la protection des droits de l'homme", in *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement - Mélanges Michel Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp. 215-224.

¹⁴¹ Max Sorensen, op. cit. *supra* n. (2), pp. 28-33.

¹⁴² Sobre tais incertezas e divergências, cf. e.g., Ch. Rousseau, *Droit international public*, vol. I, Paris, Sirey, 1970, pp. 400-405.

¹⁴³ Ch. de Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de Droit international public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 6-7.

¹⁴⁴ M. Akehurst, «Equity and General Principles of Law», 25 *International and Comparative*

Tem-se também ressaltado os riscos de aplicação da equidade, particularmente em períodos e situações de rápidas mudanças, pelos elementos de incerteza, exceção e subjetivismo que pode vir a introduzir; talvez por isso tenham os tribunais internacionais muitas vezes juntado a referências à equidade uma invocação simultânea do costume, de tratados (aplicáveis ou não), de princípios gerais do direito ou de decisões arbitrais anteriores¹⁴⁵. Por outro lado, pode-se argumentar que como as origens de muitas das regras do Direito Internacional geral encontram-se na «conciliação histórica dos interesses em conflito», compete à equidade continuar procedendo à «adaptação judicial das regras às circunstâncias dos casos concretos»¹⁴⁶.

Com efeito, têm-se invocado¹⁴⁷ tanto a equidade quanto os princípios gerais do direito¹⁴⁸ em relação à proteção internacional dos direitos humanos: a equidade, no reconhecimento de certos «poderes inerentes» aos órgãos de implementação dos mecanismos ou procedimentos de proteção¹⁴⁹; os princípios gerais do direito, no reconhecimento de certos direitos fundamentais consagrados tanto no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas quanto em algumas constituições nacionais e a conseqüente rejeição do voluntarismo positivista¹⁵⁰.

Há quem tenha vislumbrado, no julgamento de 1969 da CIJ no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países Baixos *versus* República Federal da Alemanha), um exemplo de decisão baseada em «considerações de equidade»¹⁵¹. De fato, ao indicar no caso que não havia um único método de delimitação aplicável em todas as circunstâncias, a Corte levou em conta vários fatores de natureza geográfica, geológica e econômica, tais como, e.g., a configuração geral do litoral, a estrutura físico-geológica, os recursos naturais, as áreas de plataforma continental envolvidas e o grau de proporcionalidade (na delimitação)¹⁵².

Law Quarterly (1976) pp. 801-813; Ch. de Visscher, op. cit. supra n. (143), pp. 12-13. E cf., e.g., caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, ICJ Reports (1969) pp. 32-33, 49-50 e 53, §§ 47, 91-92 e 100; caso da Barcelona Traction (Segunda Fase), Explicação de Voto de Juiz G. Fitzmaurice, ICJ Reports (1970) pp. 84-86.

¹⁴⁵ M. Akehurst, op. cit. supra n. (144), pp. 811-812; Ch. de Visscher, op. cit. supra n. (143), p. 4.

¹⁴⁶ Ch. de Visscher, op. cit. supra n. (143), p. 9.

¹⁴⁷ B.G. Ramcharan, «Equity in the International Law of Human Rights», 5 *Dalhousie Law Journal* (1979) pp. 45-72.

¹⁴⁸ N.K. Hevener e S.A. Mosher, «General Principles of Law and the U.N. Covenant on Civil and Political Rights», 27 *International and Comparative Law Quarterly* (1978) pp. 596-613.

¹⁴⁹ B.G. Ramcharan, op. cit. supran. (147), pp. 52, 59 e 65-66.

¹⁵⁰ N.K. Hevener e S.A. Mosher, op. cit. supra n. (148), pp. 596-597, 601, 603-604 e 612-613.

¹⁵¹ K. Hjertsonsson, *The New Law of the Sea - Influence of the Latin American States on Recent Developments of the Law of the Sea*, Leiden/Stockholm, Sijthoff/Norstedts, 1973, p. 166, e cf. pp. 163-168; sobre o costume e o direito do mar em geral, cf. *ibid.*, pp. 117-175.

¹⁵² Cf. ICJ Reports (1969) p. 54.

IV. As "Fontes" Formais Não Enumeradas no Artigo 38 do Estatuto da CIJ

1. Os Atos Jurídicos Unilaterais dos Estados

Dada a descentralização do ordenamento jurídico internacional, em que coexistem em regime de coordenação entidades politicamente organizadas como os Estados (ademais das organizações internacionais e outros atores no plano internacional), não é de se surpreender que os atos unilaterais emanando desses últimos possam gerar *efeitos jurídicos*. A prática internacional admite, com efeito, que se possam assumir obrigações internacionais por meio de uma manifestação unilateral de vontade real e inequívoca; surge aqui, novamente, o problema fundamental do *consentimento* no Direito Internacional¹⁵³, a que já me referi no início do presente estudo (cf também *infra*). Na observação de Erik Suy, o ato unilateral corresponde a uma manifestação de vontade de um sujeito do Direito Internacional à qual este último vincula determinadas conseqüências; o ato emana de um só sujeito, não devendo depender, quanto à sua eficácia, de outro ato jurídico¹⁵⁴.

Para Suy, seria demasiado rígido e formalístico sustentar que só os tratados e convenções geram compromissos obrigatórios para os Estados; o mesmo pode ocorrer com os atos unilaterais, que contribuem para a formação do costume e não deixam de favorecer, a seu modo, a segurança e harmonia nas relações internacionais; são atos unilaterais previstos pelo direito costumeiro, e.g., o protesto, a notificação, a promessa, a renúncia, o reconhecimento. Para ilustrar sua importância, relembrem-se, e.g., a «declaração Ihlen» (de 1919), exemplo famoso de *promessa*, e, como exemplo de *protesto*, a rejeição pela Comissão Arbitral em 1911, no caso *El Chamizal*, da pretensão dos Estados Unidos de prescrição aquisitiva e posse ininterrupta de território, realçando as contestações constantemente levantadas pelo México¹⁵⁵.

Há autores que são categóricos em afirmar que o ato unilateral pode gerar costume e de fato se constitui em fonte do Direito Internacional¹⁵⁶, assim como há os que concordam com tal assertiva mas com certas reservas¹⁵⁷. Mesmo a enumeração,

¹⁵³ G. Venturini, «La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États», 112 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (1964) pp. 387-388, 391 e 400-401.

¹⁵⁴ Erik Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en Droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 44.

¹⁵⁵ E. Suy, op. cit. supra n. (154), pp. 1-290.

¹⁵⁶ Cf., e.g., Ch. Rousseau, op. cit. supra n. (142), vol. I, pp. 416-418.

¹⁵⁷ E.g., os atos unilaterais, produzindo efeitos jurídicos mediante a aquiescência de outros Estados, atuam como "fonte" quando determinada norma internacional lhes atribuisse tal conseqüência (de criar situações objetivas e obrigatórias); A. Mijangos de la Muela, «Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales», 20 *Revista Española de Derecho Internacional* (1967) pp. 456-459, também para uma exposição de correntes doutrinárias a respeito. Virally observou que os atos unilaterais dos Estados são muito freqüentemente considerados no Direito Internacional «no contexto de outras fontes daquele direito, a saber, o

supracitada, de atos unilaterais, não passa sem dificuldades. O *reconhecimento*, por exemplo, excetuadas as muito raras vezes em que se dá por meio de um tratado, é freqüentemente um ato unilateral¹⁵⁸, mas não obstante ocupa uma «posição peculiar» no quadro geral das declarações unilaterais no Direito Internacional¹⁵⁹.

Na grande maioria das vezes o reconhecimento, independentemente da forma com que é estendido, constitui um ato jurídico de manifestação de vontade unilateral com base no princípio da efetividade em determinada situação, acarretando todas as conseqüências decorrentes de tal ato¹⁶⁰. Por outro lado, o não-reconhecimento é também utilizado na prática para tentar impedir que uma situação de fato produza efeitos jurídicos¹⁶¹.

É justamente em relação aos efeitos do reconhecimento que surgiu a disputa clássica entre as teses declaratória e constitutiva. A identificação do Estado é matéria controvertida, que na prática tem-se operado empiricamente, escapando freqüentemente a critérios fixos ou regras preestabelecidas¹⁶². No que tange particularmente ao reconhecimento, os adeptos da *tese constitutiva* sustentam que o ato de reconhecimento é decisivo até mesmo para o surgimento da personalidade internacional do novo Estado e dos direitos e deveres normalmente a ele associados, ao passo que os defensores da *tese declaratória* advogam que o ato de reconhecimento é tão-somente um ato político, formal, que normalmente precede o estabelecimento de relações diplomáticas com um Estado que já existe como tal. Não surpreende que a tese declaratória seja hoje bem mais aceita: é certamente um

costume e os tratados»; M. Virally, op. cit. supra n. (40), p. 155. - Cf. também as ponderações críticas de Ch. Chaumont, op. cit. supra n. (101), pp. 464-469.

¹⁵⁸ Ch. Rousseau, op. cit. supra n. (142), vol. I, p. 426.

¹⁵⁹ A.P. Rubin, «The International Legal Effects of Unilateral Declarations», 71 *American Journal of International Law* (1977) p. 5. Argumentou o autor que, em sua decisão no caso dos Testes Nucleares (Austrália e Nova Zelândia versus França, 1974), a CIJ teria agido ultra vires, ao atribuir ênfase excessiva a declarações unilaterais (como se fossem obrigatórias no caso); segundo o autor, para decidir o litígio de acordo com o Direito Internacional a Corte não poderia recorrer a fontes outras que as enumeradas no artigo 38 de seu Estatuto (e declarações unilaterais permanecem excluídas do artigo 38); cf. *ibid.*, pp. 1-30.

¹⁶⁰ Erik Suy, op. cit. supra n. (154), pp. 189-214; P. Reuter, *Institutions internationales*, 6a. ed., Paris, P.U.F., 1969, pp. 120-128.

¹⁶¹ Cf. exemplos in, e.g., Alf Ross, *A Textbook of International Law - General Part*, London, Longmans, 1947, pp. 118-122; C.A. Colliard, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 1956, pp. 195-208; e cf. E. Suy, op. cit. supra n. (154), pp. 189-214.

¹⁶² Cf., a respeito, o estudo de Krystina Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2a. ed. Genève, Droz. 1968, pp. 1-619; e cf. também J. Verhoeven, «L'État et l'ordre juridique international - remarques», 82 *Revue générale de Droit international public* (1978) pp. 749-774; J. Crawford, "The Criteria for Statehood in International Law», 48 *British Year Book of International Law* (1976-1977) pp. 93-182; Ch. Rousseau, «L'indépendance de l'État dans l'ordre international», 73 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1948) pp. 213-219; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 3-423.

exagero condicionar a própria configuração da personalidade internacional de um novo Estado, e dos direitos e deveres correspondentes, já estabelecidos, à vontade soberana dos Estados que o reconhecem; estamos aqui diante de um excesso do positivismo voluntarista radical, hoje ultrapassado, que pretendia há algumas décadas que a vontade arbitrária dos Estados constituía fonte não apenas de alguns de seus direitos mas também de sua própria existência¹⁶³.

Tal posição é realmente insustentável, pois chegaria a tornar a própria existência de um Estado uma questão relativa, dependente do reconhecimento individual de cada outro Estado¹⁶⁴; e, o que é mais grave, se o Estado não-reconhecido fosse juridicamente não-existente, tudo então seria permissível com relação a ele, bastando aqui recordar a declaração de Hitler da não-existência da Tchecoslováquia às vésperas da invasão alemã de 15 de março de 1939, e a proclamação pela União Soviética da extinção da Polônia antes da invasão soviética daquele país, de 17 de setembro de 1939¹⁶⁵.

As considerações anteriores aconselham certamente muita cautela no tratamento dos atos unilaterais do Estado sob o capítulo das fontes do Direito Internacional. No que diz respeito ao reconhecimento, a polêmica clássica desenvolve-se entre os que consideram, de um lado, o Estado, e de outro, o sistema jurídico (o Direito Internacional «objetivo») como fonte última dos direitos e deveres internacionais¹⁶⁶. A favor desta segunda posição tem-se ressaltado a inclusão dos «princípios gerais do direito» dentre as fontes do Direito Internacional enumeradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ¹⁶⁷.

Ademais, é significativo observar que um Estado pode perfeitamente «existir» sem travar relações internacionais com alguns outros Estados, e não obstante possuir certos direitos e contrair certos deveres. Há sempre Estados não-reconhecidos por outros, negociações são conduzidas *a despeito* do não-reconhecimento, até mesmo acordos são concluídos com base no não-reconhecimento, e insiste-se às vezes na responsabilidade internacional de Estados ou Governos não-reconhecidos. Em suma, os Estados não encaram outros Estados não-reconhecidos como isentos das normas do Direito Internacional¹⁶⁸. Tudo isto demonstra que a determinação das condições de

¹⁶³ H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, University Press, 1947, pp. 2, 51, 59, 62-63, 75 e 77.

¹⁶⁴ Ti-Chiang Chen, *The International Law of Recognition*, London, Stevens, 1951, pp. 40-42.

¹⁶⁵ K. Marek, op. cit. supra n. (162), pp. 146 e 148-149, e cf. também pp. 149-150; T.-Ch. Chen, op. cit. supra n. (164), pp. 33-38.

¹⁶⁶ T.-Ch. Chen, op. cit. supra n. (164), p. 3; K. Marek, op. cit. supra n. (162), pp. 134 e 144. Cf. também as ponderações de Hans Kelsen, «Recognition in International Law - Theoretical Observations», 35 *American Journal of International Law* (1941) pp. 605-617.

¹⁶⁷ T.-Ch. Chen, op. cit. supra n. (164), pp. 28-29.

¹⁶⁸ K. Marek, op. cit. supra n. (162), pp. 142-144; T.-Ch. Chen, op. cit. supra n. (164), pp. 33-38; J. Crawford, "The Criteria...", op. cit. supra n. (162), pp. 93ss.; e cf. A.J.P. Tammes,

existência de um Estado cabe ao próprio Direito Internacional. Não é, pois, sem razão, que se no passado o estudo da qualidade de Estado (*statehood*) vinculou-se estreitamente ao do ato unilateral do reconhecimento, por influência do positivismo voluntarista, a teoria e a prática modernas têm voltado sua atenção para as questões de *statehood* e regras afins (e.g., quanto ao *status*, competência, etc., das diversas unidades territoriais governamentais) independentemente do ato jurídico do reconhecimento, muito embora ainda não haja atualmente definição jurídica satisfatória de *statehood*¹⁶⁹.

Outro problema relativo à enumeração proposta dos atos unilaterais no Direito Internacional reside no fato de que o catálogo - abrangendo, como já visto, o reconhecimento, a promessa, o protesto, a notificação, a renúncia - não inclui certos atos das autoridades legislativas ou governamentais (tais como «proclamações» presidenciais, leis, decretos, etc.) que podem vir a ter significação ou repercussão no plano internacional. Os autores dividem-se entre os que acentuam que tais atos têm sido levados em conta no tratamento de certas questões de Direito Internacional¹⁷⁰ (como, e.g., no direito do mar), e os que dogmaticamente se recusam a admitir que aqueles atos «internos», e pronunciamentos ou proclamações de autoridades governamentais (em âmbito nacional), possam influenciar na criação de obrigações internacionais¹⁷¹.

No direito do mar, por exemplo, há que se ressaltar que as noções de zona contígua, mar territorial (seguido do mar patrimonial e posteriormente da zona econômica exclusiva) formaram-se mais por meio de atos unilaterais de regulamentação por parte de cada Estado individualmente do que através de tratados multilaterais. Foi o que ocorreu também, em determinada época, com a extensão do mar territorial a um limite de 200 milhas por parte de alguns Estados latino-americanos, por meio de atos unilaterais «internos» (proclamações, leis, decretos, etc.). Foi ademais o que ocorreu com a plataforma continental a partir da celebrada proclamação de Truman de 1945. Chegou-se mesmo a sugerir que, nessa área do Direito Internacional, os múltiplos atos unilaterais, e também multilaterais, dos Estados latino-americanos, e sua repetição consistente durante um período de mais de trinta anos, contribuíram decisivamente para a formação de normas consuetudinárias, como a do limite exterior de 200 milhas do mar territorial¹⁷². Com a adoção, no

«The Legal System as a Source of International Law», 1 *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1954) pp. 374-384.

¹⁶⁹ J. Crawford, «The Criteria...», op. cit. supra n. (162), pp. 93-182; K. Marek, op. cit. supra n. (162), pp. 93-182, esp. pp. 160 e 158; T.-Ch. Chen, op. cit. supra n. (164), pp. 55 e 62.

¹⁷⁰ J. Dehaussy, «Les actes juridiques unilatéraux en Droit international public: à propos d'une théorie restrictive», 92 *Journal du droit international - Clunet* (1965) pp. 55-56, e cf. p. 63.

¹⁷¹ Cf., e.g., A.P. Rubin, op. cit. supran. (159), p. 27.

¹⁷² A.A. Aramburu Menchaca, «La Costumbre y la Delimitación de los Espacios Marítimos en el Continente Americano», 38 *Revista de Derecho y Ciencias Políticas - Lima, Peru* (1974) pp. 5-39; cf. também K. Hjertsonsson, op. cit. supra n. (151), pp. 7-179.

entanto, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, resultante da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, conceitos emergentes que pareciam refletir um consenso mais generalizado foram consagrados, como o de zona econômica exclusiva, a partir do mar territorial de 12 milhas.

Alguns autores têm tentado abordar os atos unilaterais dos Estados e os atos da organizações internacionais conjuntamente¹⁷³. Parece-me, no entanto, que tal procedimento pode dar margem a algumas incertezas, e que seria talvez mais apropriado proceder a um exame dos atos das organizações internacionais separadamente do estudo dos atos unilaterais dos Estados.

2. As Resoluções das Organizações Internacionais

As últimas décadas têm acompanhado a evolução do importante fenômeno da ascensão e expansão das organizações internacionais, e gradual ampliação de seus poderes de regulamentação, variando de caso a caso. Conforme definição proposta em 1956 à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, entende-se por organização internacional «uma coletividade de Estados estabelecida por um tratado, com uma constituição e órgãos comuns, possuindo uma personalidade distinta da de seus Estados membros, e sendo um sujeito de Direito Internacional com capacidade para concluir acordos»¹⁷⁴. Já em 1937 L. Kopelmanas, ressaltando a relevância da criação do direito por meio do costume (particularmente no caso do Direito Internacional), lançava uma pertinente advertência: embora no passado se acreditasse que tão-somente os órgãos estatais contribuíam para a formação do costume por sua prática internacional, chegaria a época em que a atuação de órgãos internacionais (e.g., de organizações internacionais) também devesse ser levada em conta. Kopelmanas chegou mesmo a afirmar que «a análise do direito positivo nos permite concluir que todos os sujeitos de direito que se encontram em contato próximo ou mesmo distante com as relações internacionais contribuem para a formação do costume internacional»¹⁷⁵.

Posteriormente se observou, na mesma linha de pensamento, que só se poderia negar à prática das organizações internacionais a capacidade de contribuir para a formação do costume¹⁷⁶ com base em uma concepção tradicional e «estritamente

¹⁷³ Cf. J. Dehaussy, op. cit. supra n. (170), pp. 45, 53-54 e 59-61; A. Miaja de la Muela, op. cit. supra n. (157), pp. 431-434.

¹⁷⁴ Cit. in Yearbook of the International Law Commission (1956) - II, p. 108; a definição foi proposta por G.G. Fitzmaurice, rapporteur sobre o direito dos tratados.

¹⁷⁵ L. Kopelmanas, «Custom as a Means of the Creation of International Law», 18 British Year Book of International Law (1937) p. 151; assim, exerce papel principal ou preponderante o próprio conteúdo da regra costumeira; a despeito das incertezas quanto à existência ou não de uma regra costumeira e dos fatores extra-legais sempre presentes, é o costume não obstante mais adequado às relações internacionais do que a regulamentação legislativa (ibid., p. 151).

¹⁷⁶ Sobre tal capacidade, declarou o Juiz Ammoun, em sua Explicação de Voto no caso da

voluntarista» do Direito Internacional que mantivesse o monopólio da vontade tão-somente dos Estados para criação do Direito Internacional¹⁷⁷; ora, quando pouco seria «paradoxal reconhecer às organizações o poder de concluir acordos¹⁷⁸ e simultaneamente negar-lhes toda capacidade de contribuir para a formação do costume»¹⁷⁹. Hoje, ao início do século XXI, não restam dúvidas de que a prática do Direito Internacional não se restringe à prática dos Estados, e abarca também a das organizações internacionais. Já há muito, com efeito, se vem assinalando a necessidade da sistematização da prática, *lato sensu* e cada vez mais complexa, do Direito Internacional¹⁸⁰.

A atuação dos organismos internacionais, em setores os mais diversos, se externaliza habitualmente através de resoluções, de relevância e significação variáveis: algumas servem de instrumento de exortação, outras enunciam princípios gerais, e outras requerem determinado tipo de ação visando resultados específicos. Se apreciarmos certas resoluções de um organismo internacional sobre determinado tema, como intimamente vinculadas entre si, como partes de um processo contínuo no tempo, poderemos vir a nelas identificar um conteúdo mais específico, refletindo uma *opinio juris* de consenso generalizado, como ocorreu nos últimos anos com as questões da descolonização, do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, e da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais¹⁸¹.

Tal método de cristalização de novos conceitos e princípios gerais, - em geral acompanhados ulteriormente de certos mecanismos de supervisão e controle, - pode vir a suprir em parte a insuficiência das modalidades tradicionais de formação do Direito Internacional (consignadas no artigo 38 do Estatuto da CIJ), principalmente na regulamentação das relações entre Estados em diferentes graus de desenvolvimento econômico¹⁸². Na prática, cada órgão internacional, no exercício

Barcelona Traction (Segunda Fase, 1970), que «as posições tomadas por delegados de Estados em conferências e organizações internacionais, e particularmente nas Nações Unidas, fazem naturalmente parte da prática dos Estados» e «constituem precedentes contribuindo para a formação do costume». ICJ Reports (1970) pp. 302-303.

¹⁷⁷ M. Virally, op. cit. supra n. (40), p. 139.

¹⁷⁸ Cf., a respeito, e.g., Clive Parry, «The Treaty-Making Power of the United Nations», 26 British Year Book of International Law (1949) pp. 108-149; Y. Souliotis, «La capacité des organisations internationales de conclure des accords d'après leurs actes constitutifs et la pratique», 25 Revue hellénique de droit international (1972) pp. 201-225; Badr Kasmé, La capacité de l'Organisation des Nations Unies de conclure des traités, Paris, LGDJ, 1960, pp. 49-62.

¹⁷⁹ M. Virally, op. cit. supra n. (40), p. 139.

¹⁸⁰ Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "Elementos para uma Sistematização da Prática do Direito Internacional", 38 Arquivos do Ministério da Justiça - Brasília (1981) n. 158, pp. 29-35; S. Rosenne, Practice and Methods of International Law, London/N.Y., Oceana Publs., 1984, pp. 1-117.

¹⁸¹ A.A. Cançado Trindade, op. cit. supra n. (39), p. 139.

¹⁸² Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Les résolutions dans la formation du Droit international du développement, Genève, IUHEI, 1971, pp. 5-19.

normal de suas funções, tem procedido à determinação da chamada «constitucionalidade» de seus próprios atos, e a própria *praxis* do órgão tem-se tornado fator decisivo para a determinação do âmbito legal de suas funções específicas¹⁸³. Com efeito, um exame meticoloso da jurisprudência da CIJ sobre a matéria revela que ao órgão judicial das Nações Unidas não têm faltado ocasiões para pronunciar-se no sentido de aceitar a própria prática organizacional como elemento de interpretação na determinação dos poderes atribuídos às organizações internacionais¹⁸⁴.

É possível identificar certos fatores que afetam a significação das resoluções adotadas pelas organizações internacionais. Pode-se, de início, investigar, pelas circunstâncias da decisão em apreço, se houve intenção por parte do órgão internacional em questão de formular proposições, normas ou princípios existentes de Direito Internacional. É inegável que tal ocorreu nas declarações da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre Soberania Permanente sobre Recursos Naturais (1962 em diante) ou sobre Proibição do Uso de Armas Nucleares e Termonucleares (1961). A ênfase pode também recair no consenso, como modalidade de processo decisório e método de se estender o Direito Internacional a novas áreas (e.g., os trabalhos da UNCTAD, a III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, os trabalhos preparatórios da Conferência das Nações Unidas de 1974 sobre População, os trabalhos do Comitê Consultivo das Nações Unidas sobre Usos Pacíficos da Energia Atômica, dentre outras)¹⁸⁵, como é caso das declarações da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre os Princípios Jurídicos que Regem as Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico (1961 e 1963).

No exame dos *travaux préparatoires* conducentes à adoção de resoluções pelos organismos internacionais, pode-se também tentar detectar a função do direito e de considerações jurídicas no processo decisório, o que é até certo ponto determinado pela própria natureza do tema em questão. Enfim, certas resoluções que pretendem promover programas específicos da organização internacional podem conter certos princípios de direito (ou ser exortatórias); poderiam ser aqui citadas a Declaração das

¹⁸³ J. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, N.Y., Columbia University Press, 1969, pp. 1-16.

¹⁸⁴ A.A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* n. (39), pp. 123-133.

¹⁸⁵ Cf. C.W. Jenks, «Unanimity, the Veto, Weighted Voting, Special and Simple Majorities and Consensus as Modes of Decision in International Organizations», *Cambridge Essays in International Law - Essays in Honour of Lord McNair*, London, Stevens/Oceana, 1965, pp. 48-63; E.M. Chossudovsky, «Some Reflections in the Light of UNCTAD's Experience», in *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Genève, I.U.H.E.I. 1971, pp. 173-182; D. Vignes, «Will the Third Conference on the Law of the Sea Work According to the Consensus Rule?», *69 American Journal of International Law* (1975) pp. 119-129; G. de Lacharrière, «Consensus et Nations Unies», *14 Annuaire français de droit international* (1968) pp. 9-14; S. Bastid, «Observations sur la pratique du consensus», in *Multitudo Legum Ius Unum - Festschrift für Wilhelm Wengler*, vol. I, Berlin, Inter-Recht, 1973, pp. 11-25; F. Y. Chai, *Consultation et consensus: un aspect du fonctionnement du Conseil de Sécurité*, N.Y., UNITAR, 1971, pp. 3-45.

Nações Unidas sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960), e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1963, seguida, três anos depois, da Convenção das Nações Unidas sobre a matéria)¹⁸⁶.

Dadas as modalidades distintas de resoluções adotadas por organismos internacionais, é natural que seus efeitos jurídicos também sejam variados. Um exemplo claro seria o do contraste marcante entre as *recomendações da Assembléia Geral* (artigos 10 a 14 da Carta das Nações Unidas) e as *decisões do Conselho de Segurança* (artigo 25), uma vez que estas últimas, a contrário das primeiras, têm efeito mandatário¹⁸⁷.

Somente nas duas décadas, estendendo-se de 1946 a 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas votou mais de 2000 resoluções, de natureza e importância variadas. É possível, embora difícil, sistematizar até certo ponto esta vasta massa de manifestações formais de decisão ou opinião por parte dos organismos internacionais. Já me referi a resoluções contendo *declarações* ou pronunciamentos de ordem geral. Esse tipo de resoluções vem suprir uma insuficiência básica da comunidade internacional, em que, não raro, incertezas, instabilidade e mesmo contradições acerca das regras que regem ou devem reger a conduta das relações internacionais decorrem da própria ausência de órgãos legislativos permanentes e da natureza não-institucionalizada do processo pelo qual o Direito Internacional é criado¹⁸⁸.

Tais declarações de princípios gerais tiveram capital importância no desenvolvimento do sistema interamericano (e.g., proibição de guerras de conquista, operação do sistema continental de consultas); ainda que não-obrigatórias, estas resoluções criaram órgãos permanentes, transcendendo a duração das conferências interamericanas em que eram adotadas, e estabeleceram assim as bases da futura OEA¹⁸⁹. Há outro tipo de resoluções, expressando e registrando um acordo entre os membros de um órgão internacional; são os chamados «*accords en forme simplifiée*». Estas resoluções-acordos, de natureza obrigatória quando relativas à estrutura e funcionamento internos, constituíram-se em instrumento extremamente útil para

¹⁸⁶ O.Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, M. Nijhoff, 1966, pp. 68-213.

¹⁸⁷ F.A. Vallat, «The Competence of the United Nations General Assembly», 97 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1959) pp. 207-287; muito embora as recomendações da Assembléia Geral das Nações Unidas não sejam estritamente obrigatórias, acarretam elas, não obstante, efeitos jurídicos, o que é muito importante, principalmente no contexto da paz e segurança internacionais, pois quando o Conselho de Segurança se paralisa (e.g., em virtude do veto) é a Assembléia Geral quem recomenda as medidas a serem seguidas. - Sobre os efeitos das resoluções da Assembléia Geral e do Conselho de Segurança, cf. também, e.g., M.K. Nawaz, «Law and International Organization - A Perspective on the United Nations», 17 *Indian Journal of International Law* (1977) pp. 234-241.

¹⁸⁸ J. Castañeda, op. cit. supra n. (183), pp. 165-196.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 177-180.

solucionar problemas organizacionais do sistema interamericano nascente (e.g., criação de órgãos permanentes, de regras processuais, etc.), antes mesmo da adoção da carta constitutiva da OEA como instrumento a prover a base da força obrigatória das resoluções¹⁹⁰.

Certas resoluções determinam a existência de fatos ou situações legais concretas. É intuitivo que só são elas válidas em relação a cada caso concreto. Por exemplo: a determinação, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de que a [então] África do Sul não obedecera os preceitos do mandato sobre a África do Sudeste (hoje, Namíbia), capacitou a mesma Assembléia Geral, com base em sua determinação, a em seguida terminar o mandato, e assim proceder à realização do objetivo do Pacto da Liga das Nações e da Carta das Nações Unidas, a saber, no caso, o autogoverno ou a independência do povo da Namíbia¹⁹¹.

As únicas decisões realmente *mandatórias*, - além das decisões do Conselho de Segurança sob o artigo 25 da Carta das Nações Unidas, a que já me referi, - são as resoluções relativas à estrutura *interna* do organismo internacional. Há, na ONU, questões internas sobre as quais se tomam decisões *mandatórias* pela ação conjunta da Assembléia Geral com prévia recomendação positiva do Conselho de Segurança, a saber: admissão, suspensão e expulsão de membros da ONU, e nomeação do Secretário-Geral¹⁹².

É significativo observar que, nos últimos anos, a questão da natureza jurídica e dos efeitos das resoluções das organizações internacionais tem gerado considerável bibliografia especializada, não raro vinculando a questão ao problema das «fontes» do Direito Internacional¹⁹³. Ao favorecer o desenvolvimento de *standards* de

¹⁹⁰ Exemplo ilustrativo foi o da resolução da Conferência Interamericana do México, de 1945, intitulada «Reorganização, Consolidação e Fortalecimento do Sistema Interaamericano»; *ibid.*, pp. 150-164.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 117-138.

¹⁹² *Ibid.*, pp. 22-116. Quanto ao caráter mandatório das decisões do Conselho de Segurança, cf. discussão in R. Higgins, «The Advisory Opinion on Namibia: Which U.N. Resolutions Are Binding Under Article 25 of the Charter?», 21 *International and Comparative Law Quarterly* (1972) pp. 270-286. No que tange aos modos pelos quais são adotadas resoluções pelas organizações internacionais (processo decisório), cf., e.g., C.W. Jenks, *op. cit. supra* n. (185), pp. 48-63; R.Y. Jennings, «General Course on Principles of International Law», 121 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1967) pp. 592-593; A. El-Erian, "The Legal Organizations of International Society", in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 90-92 e 98-100; I.L. Claude Jr., *Swords into Plowshares*, 4^a ed., N.Y., Random House, 1971, pp. 118-162; J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 7^a ed., London, Butterworths, 1972, pp. 602 e 607-608.

¹⁹³ Cf., *inter alia*, A.J.P. Tammes, «Decisions of International Organs as a Source of International Law», 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 265-363; S. El-Naggar, «The Recommendations of the U.N. Conference on Trade and Development as a Means of Creating International Norms», *Les résolutions dans la*

comportamento internacional, tais resoluções têm contribuído para moldar o direito internacional costumeiro e para cristalizar, a longo prazo, os princípios gerais emergentes do Direito Internacional¹⁹⁴. Ainda que se lhes negasse o caráter de «nova fonte» do Direito Internacional, ter-se-ia, no entanto, pelo menos que se admitir que contribuem elas para a formação ou cristalização do direito consuetudinário, e possivelmente mesmo dos «princípios gerais do direito», além de fornecerem indicações sobre a *opinio juris* da comunidade jurídica internacional¹⁹⁵.

É provável que alguns Estados identifiquem hoje no «*multilateralismo*» no processo decisório um fator até certo ponto compensador de suas desigualdades de poder no cenário internacional. Talvez a ilustração mais enfática resida na nova técnica do consenso, como expressão da vontade no plano multilateral¹⁹⁶, a que já me referi anteriormente. Em estudo a respeito, observou E. Suy que «a institucionalização progressiva do procedimento do consenso - de direito ou de fato - é uma indicação de que aqui nos defrontamos com um método de tomada de decisão muito importante, que provavelmente exercerá uma função proeminente no Direito das Organizações Internacionais e na doutrina das fontes do Direito Internacional»¹⁹⁷.

formation du Droit international du development, Genève, I.U.H.E.I., 1971, pp. 165-171; D.H.N. Johnson, «The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations», 32 *British Year Book of International Law* (1955-1956) pp. 97-122; M. Virally, «La valeur juridique des recommandations des organisations internationales», 2 *Annuaire français de Droit international* (1956) pp. 66-96; F.B. Sloan, «The Binding Force of a Recommendation of the General Assembly of the United Nations», 25 *British Year Book of International Law* (1948) pp. 1-33; S.A. Bleicher, «The Legal Significance of Re-Citation of General Assembly Resolutions», 63 *American Journal of International Law* (1969) pp. 444-478; K. Skubiszewski, «Enactment of Law by International Organizations», 41 *British Year Book of International Law* (1965-1966) pp. 198-274; J. Castañeda, «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies», 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1970) pp. 205-332.

¹⁹⁴ E. Hambro, «Some Notes on Parliamentary Diplomacy», in *Transnational Law in a Changing Society - Essays in Honor of Ph.C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lissitzyn), N.Y., Columbia University Press, 1972, pp. 280-297; e cf., anteriormente, sobre o tópico, Ph. Jessup, «Parliamentary Diplomacy: An Examination of the Legal Quality of the Rules of Procedure of Organs of the United Nations», 89 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 185-319. Sobre a importância de tais resoluções para a formação do costume, cf. também R. Monaco, «Fonti e Pseudo Fonti del Diritto Internazionale», 61 *Rivista di Diritto Internazionale* (1978) pp. 743-744 e 747-758, esp. p. 751.

¹⁹⁵ Edvard Hambro, "Some Notes on the Development of the Sources of International Law», 17 *Scandinavian Studies in Law* (1973) pp. 77-93, esp. p. 92.

¹⁹⁶ Cf., a respeito, J. Monnier, «Observations sur quelques tendances récentes en matière de formation de la volonté sur le plan multilatéral», 31 *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht/Annuaire suisse de Droit international* (1975) pp. 31-51; e, anteriormente, H. Rolin, «De la volonté générale dans les organisations internationales», in *La technique et les principes de droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 950, pp. 553-564.

¹⁹⁷ Erik Suy, «The Meaning of Consensus in Multilateral Diplomacy», in *Declarations of*

É este um elemento que se deve ter sempre em mente, a acarretar inelutavelmente uma reavaliação do velho enfoque do capítulo das «fontes» do Direito Internacional a partir da atenção ao problema fundamental do *consentimento* no Direito Internacional (cf. *supra*).

Este enfoque dificilmente se sustentaria em nossos dias. É natural que a crescente complexidade da atuação dos organismos internacionais torne mais visíveis os focos de tensão entre o sistema jurídico internacional¹⁹⁸ contemporâneo e os pressupostos tradicionais do sistema interestatal. Essa tensão se faz hoje presente em diversas áreas do Direito Internacional, conforme já ressaltai em relação até mesmo ao direito dos tratados (cf. *supra*). Na própria Carta das Nações Unidas encontram-se normas orientadas ao sistema internacional e normas voltadas aos Estados¹⁹⁹.

A atuação das organizações internacionais tem contribuído para a formação de normas do Direito Internacional de modos distintos. O mais comum e freqüente é através da adoção de resoluções, conforme já acentuado. Os debates precedendo a adoção de resoluções, em que têm os Estados participantes a oportunidade de externalizar seus pontos de vista, são importantes para a verificação da existência ou não de uma *opinio juris*²⁰⁰. Ademais, as organizações internacionais têm às vezes se encarregado de auspicar a realização de trabalhos preparatórios conducentes à conclusão de determinados tratados (e.g., a atuação da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas); os textos adotados nas conferências gerais têm bastante peso, mesmo para os Estados que não os ratificaram (cf. *supra*). Além de facilitar consideravelmente a conclusão de tais instrumentos internacionais, não raro os organismos internacionais exercem uma função relevante também na implementação de certos tratados ou convenções²⁰¹ (e.g., na área de proteção internacional dos direitos humanos).

Cabe, no entanto, ressaltar que as regras derivadas de resoluções das organizações internacionais têm fonte que se distingue do costume, dos tratados, e dos princípios gerais do direito, e que não recaem sob qualquer das categorias

Principles, A Quest for Universal Peace - Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Röling, Leyden, Sijthoff, 1977, p. 272.

¹⁹⁸ Cf. A.J.P. Tammes, op. cit. supra n. (193), pp. 374-384; J.H.F. van Panhuys, "Relations and Interactions between International and National Scenes of Law", 112 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (1964) pp. 9-81.

¹⁹⁹ W.D. Coplin, «International Law and Assumptions about the State System», 17 World Politics (1965) p. 627 n. 43.

²⁰⁰ H. Bokor-Szegó, «The Contribution of International Organizations to the Formation of the Norms of International Law», in Questions of International Law (ed. Hungarian Branch of the International Law Association), Budapeste, Progresprint, 1971, pp. 20-21.

²⁰¹ Ibid., pp. 21-22, 25 e 27. - Também Lachs advogou que as organizações internacionais participam da formação do Direito Internacional contemporâneo, e de modo direto no que diz respeito ao âmbito de seu direito interno ou próprio; Manfred Lachs, «Le rôle des organisations internationales dans la formation du Droit international», in Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens, Paris, Pédone, 1964, pp. 168-169, e cf. pp. 157-170.

enumeradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ. A grande maioria dessas resoluções diz respeito ao direito interno ou próprio das organizações internacionais, voltando-se menos freqüentemente aos Estados membros²⁰². Por vezes indicam-se a semelhança de efeitos dessas resoluções e de tratados, o fato de que resoluções mandatórias são adotadas com base em uma autorização convencional, e a relativa fraqueza dessa modalidade de processo decisório, mas tais receios não têm logrado impedir que para muitos as resoluções das organizações internacionais constituam hoje uma nova e distinta «fonte» do Direito Internacional contemporâneo²⁰³.

E, o que é ainda mais significativo, o silêncio do artigo 38 do Estatuto da CIJ acerca das resoluções das organizações internacionais «não tem impedido a Corte de aplicar o direito interno de algumas organizações internacionais»: K. Skubiszewski relembrou, a esse respeito, três pareceres da Corte no período 1954-1962²⁰⁴. Posteriormente, no caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), um dos Juizes da Corte foi mais além, ao destacar expressamente «uma tendência marcante da doutrina, refletindo os aspectos novos da vida internacional, favorável a se atribuir às resoluções, e particularmente às declarações da Assembléia Geral das Nações Unidas, o caráter de fonte pelo menos subsidiária ou auxiliar do Direito Internacional, a ser acrescentada às fontes clássicas do artigo 38 do Estatuto da Corte»²⁰⁵. Observou ainda o Juiz Ammoun que, «à luz da prática dos Estados manifestada dentro de organizações e conferências internacionais, não se pode negar, com relação às resoluções que daí emergem, ou melhor, com relação aos votos aí expressados em nome dos Estados, que estes constituam precedentes contribuindo para a formação do costume»²⁰⁶.

Enfim, a própria CIJ, em várias passagens de seu parecer de 16.10.1975 sobre o caso do *Sahara Ocidental*, considerou e discutiu em detalhes algumas resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, no contexto da descolonização e autodeterminação dos povos²⁰⁷. Anteriormente, a própria Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua resolução 3232(XXIX) de 22.11.1970, acerca da revisão da função da CIJ, também esposou a tese de que «o desenvolvimento do Direito

²⁰² K. Skubiszewski, «A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organisations», in *Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, pp. 508 e 510-511. Sobre a atividade juridicamente relevante do Secretariado da ONU, cf., por exemplo, O. Schachter, «The Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat», 25 *British Year Book of International Law* (1948) pp. 91-132.

²⁰³ K. Skubiszewski, op. cit. supra n. (202), pp. 518-520, e referências.

²⁰⁴ Pareceres sobre: Efeito das Sentenças de Compensação do Tribunal Administrativo da OIT de Reclamações Formuladas contra a UNESCO (1956), e Certas Despesas das Nações Unidas (1962), cit. in *ibid.*, p. 520 e n. 43.

²⁰⁵ Explicação de Voto do Juiz Ammoun, caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase), ICJ Reports (1970) p. 302.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 303.

²⁰⁷ Caso do *Sahara Ocidental*, ICJ Reports (1975) pp. 20, 23, 26-37, 40, 57 e 67-68.

Internacional pode refletir-se, *inter alia*, em declarações e resoluções da Assembléia Geral, que podem nessa medida ser levadas em conta pela Corte Internacional de Justiça»²⁰⁸. É o que tem ocorrido na prática.

Assim, outra não poderia ser a conclusão senão a de considerar incompleto, nos dias de hoje, - ademais de anacrônico, - o artigo 38 do Estatuto da CIJ, por permanecer silencioso quanto às resoluções das organizações internacionais. Tem-se, no entanto, ponderado, que, dados a natureza jurídica e os efeitos heterogêneos dos vários atos das instituições internacionais (recomendações, regulamentações, decisões, declarações, etc. - cf. *supra*), seria talvez de duvidosa utilidade incluir essa nova categoria nas "fontes" do Direito Internacional, a não ser para o propósito da própria classificação²⁰⁹.

Entretanto, tal argumento não parece resistir a um exame cuidadoso. Ainda que certas resoluções sejam puramente recomendatórias, - e, portanto, não obrigatórias, - são, não obstante, juridicamente relevantes, têm em muito influenciado a prática internacional, e os próprios Estados, naturalmente relutantes em infringi-las, consideram-se pelo menos no dever de considerá-las de boa-fé²¹⁰. Ainda mais significativamente, as dúvidas e incertezas que circundaram, por exemplo, o costume, os princípios gerais do direito, a equidade, não impediram que fossem estas categorias incluídas na enumeração das «fontes» do Direito Internacional do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Tais categorias continuam a gerar controvérsias, mesmo na atualidade.

As incertezas que ainda pairam sobre as resoluções das organizações internacionais não me parecem, portanto, suficientemente fortes de modo a justificar sua continuada exclusão do artigo 38 do Estatuto da Corte. Tais resoluções não mais podem ser ignoradas ou negligenciadas. E não parece haver obstáculo algum - lógico ou jurídico - à inserção de uma cláusula reconhecendo-as expressamente como «fonte» distinta do Direito Internacional contemporâneo, ao menos limitativamente alguns tipos de resoluções sob determinadas condições e circunstâncias.

O presente exame dos atos ou resoluções das organizações internacionais, inserido no quadro geral das «fontes» do Direito Internacional, explica-se por constituir o estudo de tais organizações um capítulo do Direito Internacional contemporâneo. Contudo, a crescente complexidade e extraordinária expansão de seu campo de atuação no cenário internacional indicam que não se deve hoje excluir a possibilidade de que as questões relativas às organizações internacionais venham

²⁰⁸ Cit. in Ch. Schreuer, «Recommendations...», op. cit. supra n. (20), p. 112 e n. 42.

²⁰⁹ Nesse sentido, Ch. Schreuer, op. cit. supra n. (20), p. 114, e cf. pp. 103-118; H. Bokor-Szegó, op. cit. supra n. (200), p. 26.

²¹⁰ Conforme acentuado pelo próprio Schreuer, in op. cit. supra n. (20), pp. 103-118. Cf. também K. Skubiszewski, «Recommendations of the United Nations and Municipal Courts», 46 *British Year Book of International Law* (1972-1973) pp. 353-364.

eventualmente a se desenvolver e constituir em um sistema jurídico próprio, como parece sugerir o título da obra básica de H.G. Schermers²¹¹.

Se isto vier realmente a ocorrer, é quase certo que desenvolver-se-ão no futuro estudos das fontes do «direito das organizações internacionais». Já surgem hoje as primeiras indicações a esse respeito; sugeriu-se recentemente, por exemplo, que as «fontes» do «Direito das Organizações Internacionais» seriam, em primeiro lugar, as decisões dos órgãos das organizações internacionais (contrastando com seu caráter mais auxiliar no Direito Internacional geral), seguidas do tratado e do costume (este último aqui não exercendo o mesmo papel que no Direito Internacional geral); a Convenção de Viena sobre Representação dos Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal (1975), por exemplo, pode ser tida como declaratória de regras costumeiras já cristalizadas mesmo antes de sua adoção²¹².

V. O Processo de Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Do Consentimento ao Consenso

Já me referi ao fato de que, nas últimas décadas, grande parte da doutrina jurídica tenha se acomodado a enumerar o elenco de "fontes" formais do Direito Internacional, embora o estudo da *formação* do Direito Internacional esteja longe de esgotar-se nas referidas "fontes" formais (cf. *supra*). Com efeito, durante cerca de meio-século (do início da década de vinte ao início da década de setenta), todo o capítulo das «fontes» do Direito Internacional foi considerado à luz da questão - que se tornara central - do *consentimento* no Direito Internacional. A questão se mostrou prontamente circundada de controvérsias, não comportando respostas simples, e dependendo em grande parte da formação e das premissas orientando cada autor. Logo se formou uma oscilação entre duas teses opostas, determinada até certo ponto pelas idéias prevalecentes em distintas épocas históricas. Assim, por exemplo, em parecer de 1923, no caso da *Carélia Oriental*, a CPJI endossou a tese do consentimento dos Estados como base do Direito Internacional, ao afirmar ser um

²¹¹ H.G. Schermers, *International Institutional Law*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1972, pp. 1ss.; e cf., mais recentemente, H.G. Schermers e N.M. Blokker, *International Institutional Law*, 3a. ed. rev., The Hague, Nijhoff, 2001, pp. 1-1198. E cf. também R. Zacklin, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, Leyden, Sijthoff, 1968, p. 199; e cf., em geral, C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations*, London, Stevens/Oceana, 1962, pp. 1-267; A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 2a. ed., op. cit. infra n. (223), pp. 75-76.

²¹² E. Shibaeva, «Law of International Organization in the System of Modern International Law», 17 *Indian Journal of International Law* (1977) pp. 227-233; o autor sugeriu a classificação como regras «primárias» do direito interno das organizações internacionais as baseadas nos instrumentos constitutivos, e «secundárias», as baseadas em decisões dos órgãos das organizações internacionais. Para estudos anteriores do tema, cf., e.g., Ph. Cahier, «Le droit interne des organisations internationales», 67 *Revue générale de Droit international public* (1963) pp. 563-602; M. Merle, "Le pouvoir réglementaire des institutions internationales», 4 *Annuaire français de Droit international* (1958) pp. 341-360.

princípio básico do Direito Internacional que nenhum Estado poderia, em seu consentimento, ser compelido a submeter suas disputas a mediação, arbitragem ou qualquer outro método de solução pacífica de conflitos internacionais.

Posteriormente, porém, no parecer de 1950 sobre a *Interpretação dos Tratados de Paz*, a CIJ descartou o argumento da Bulgária, Hungria e Romênia de que, como não haviam consentido em sua jurisdição, não poderia esta emitir parecer sobre o caso. A Corte da Haia, ao rejeitar tal argumento, observou que o «princípio Carélia Oriental» envolvia o exame do mérito de uma disputa, ao passo que o presente assunto dos *Tratados de Paz* dizia respeito somente ao procedimento para a solução do litígio e não ao seu conteúdo ou substância. De modo consistente, também no subsequente assunto da *Namíbia* (1971) recusou-se a Corte da Haia a aplicar o «princípio Carélia Oriental», em se tratando de parecer, distinguindo as circunstâncias do assunto em pauta das do caso da *Carélia Oriental*²¹³.

Já então se verificava, no exame do processo de formação do Direito Internacional, uma mudança de ênfase do consentimento individual ao *consenso*. Segundo a doutrina da época (início dos anos setenta), na evolução do Direito Internacional o consentimento (individual) jamais poderia constituir a fonte última de uma obrigação legal, e a tendência claríssima em prol do consenso era "uma expressão da consciência jurídica da comunidade internacional"²¹⁴. Esta tendência foi alimentada pela formação do consenso nas Conferências de codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. Superava-se, desse modo, a velha postura positivista de busca do consentimento de cada Estado individualmente.

A própria CIJ, a partir da sentença no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (1969), - como bem assinalou um de seus ex-Presidentes, E. Jiménez de Aréchaga, - se inclinou decididamente em prol da identificação do *consenso geral* dos Estados na formação das normas do Direito Internacional²¹⁵. Anos depois, no caso *Nicarágua versus Estados Unidos* (1986), a CIJ deu outro passo, e dos mais significativos, nesta direção. Ao descartar a tese do consentimento individual, atribuiu considerável importância à *opinio juris* (cf. *infra*), para cuja formação contribuem não só os Estados como também as organizações internacionais²¹⁶.

²¹³ Cf. discussão sobre a questão in D.W. Greig, op. cit. supra n. (24), pp. 4-40.

²¹⁴ T.O. Elias, "Modern Sources of International Law", in *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Ph.C. Jessup* (eds. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lissitzyn), N.Y./London, Columbia University Press, 1972, pp. 49 e 51, e cf. p. 67.

²¹⁵ E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 16, 33, 37 e 39.

²¹⁶ C. Lang, *L'affaire Nicaragua/États-Unis devant la Cour Internationale de Justice*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 138, 140 e 149. - A mesma ênfase na *opinio juris* se fez também presente na sentença da CIJ no caso da Delimitação da Fronteira Marítima na Região do Golfo de Maine, ICJ Reports (1984) p. 299.

As doutrinas positivistas não se preocupam com valores e idéias, obsecadas que se mostram apenas com a estabilidade e a certeza jurídicas²¹⁷; no entanto, não há como prescindir da *opinio juris*, dos princípios que emanam da "consciência jurídica da humanidade", aos quais se fez referência inclusive nos *travaux préparatoires* da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969²¹⁸. Isto, somado à expansão do Direito Internacional Público, requer uma nova postura quanto às "fontes" deste último, as quais se encontram inelutavelmente ligadas às questões fundamentais por este tratadas²¹⁹; como assinalou G.F.H. van Hoof, as "fontes" tradicionais do Direito Internacional Público já não mais conseguem abarcar todo o domínio de sua formação²²⁰.

A teoria clássica das "fontes" do Direito Internacional, além de repousar em uma analogia inadequada com as fontes de criação dos ordenamentos jurídicos internos, não reflete a complexidade do processo de formação do Direito Internacional contemporâneo, devido em parte à própria expansão da comunidade internacional em nossos dias²²¹. Assim, a teoria clássica das "fontes", por exemplo, não toma em devida conta a considerável produção normativa emanada das organizações internacionais²²², - a qual tem contribuído decisivamente à superação do paradigma interestatal do ordenamento jurídico internacional²²³.

Esta contribuição das organizações internacionais se reflete em seu labor de codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, o qual, por sua vez, tem fomentado o *rule of law* nas relações internacionais²²⁴. Tal contribuição, ao

²¹⁷ É a preocupação que se depreende, e.g., do abordamento de Prosper Weil das "fontes" do Direito Internacional, a partir de uma dimensão estritamente interestatal do ordenamento jurídico internacional; apresentou ele uma concepção reducionista das fontes, reduzida às vias convencional e costumeira; minimizou o papel dos princípios gerais do direito e da doutrina; subjacente a toda sua análise fez-se presente o elemento do consentimento estatal, culminando em uma apologia da assim-chamada "doutrina do persistent objector", como último reduto - em que se refugiou o autor - do voluntarismo estatal. Cf. P. Weil, "Le Droit international en quête de son identité - Cours général de Droit international public", 237 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haie (1992) pp. 131-201.

²¹⁸ G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 35, 101, 153 e 162, e cf. pp. 157, 167 e 175.

²¹⁹ *Ibid.*, pp. 190, 195, 211, 241, 281 e 283-284.

²²⁰ *Ibid.*, p. 287, e cf. p. 290.

²²¹ R. Monaco, "Réflexions sur la théorie des sources du Droit international", in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 517-518.

²²² R. Monaco, "Réflexions sur la théorie des sources...", *op. cit. supra n. (221)*, pp. 519-520 e 529; e cf. R. Monaco, "Fonti e Pseudo Fonti del Diritto Internazionale", 61 *Rivista di Diritto Internazionale* (1978) p. 740.

²²³ A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 2a. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2002, pp. 659-679.

²²⁴ C.-A. Fleischhauer, "The United Nations at Fifty", 38 *German Yearbook of International Law* (1995) p. 23.

incidir diretamente no processo de formação do Direito Internacional, representa, ademais, uma etapa importante no processo de gradual institucionalização da comunidade internacional, tendo presentes os princípios básicos do Direito Internacional²²⁵.

Estes princípios²²⁶ têm uma validade e necessidade inerentes, emanam do direito natural, e demonstram - como ressaltou categoricamente G.G. Fitzmaurice - que o consentimento não pode jamais constituir a fonte última do Direito Internacional, e responder por sua própria validade²²⁷. Tal posição voluntarista-positivista era, a seu ver, contraditória e inconsistente, uma vez que o consentimento, externalizado por tratados ou pela prática dos Estados, era *ex hypothesi* incapaz de explicar ou justificar sua própria validade ou seus efeitos jurídicos, e tampouco a existência e validade dos princípios de direito essenciais a todo e qualquer sistema jurídico²²⁸. Assim, a teoria clássica das "fontes", refletida no artigo 38 do Estatuto da CIJ, primeiro, não pode ter a pretensão de exaurir tais "fontes" (jamais o lograria); segundo, deixa de distinguir entre as "fontes" formais e a "fonte" material do Direito Internacional; e terceiro, limita-se a enunciar meras diretrizes (não exaustivas) à CIJ, e o faz de forma inevitavelmente imperfeita e inadequada²²⁹.

VI. Considerações sobre a Questão da "Fonte" Material do Direito Internacional

A atitude, seguida nas últimas décadas, de parte da doutrina jusinternacionalista, de limitar-se, a partir de um prisma essencialmente positivista, a considerar tão só as "fontes" formais do Direito Internacional, tem privado a consideração da matéria do exame aprofundado dos fundamentos jurídicos, e, em última análise, da questão da própria *validade* das normas do Direito Internacional. Com efeito, nos últimos anos, muitos dos estudiosos do Direito Internacional têm se concentrado exclusivamente

²²⁵ A.G. López Martín, "La Codificación del Derecho Internacional en el Umbral del Siglo XXI: Luces y Sombras en la Labor de la CDI", 15 Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (2001) pp. 388-390.

²²⁶ E.g., o princípio do pacta sunt servanda, o princípio de que nenhum Estado pode invocar o direito interno para evadir-se das obrigações internacionais, o princípio de que alterações políticas internas não alteram as obrigações internacionais do Estado; G.G. Fitzmaurice, op. cit. infra n. (227), pp. 164-165.

²²⁷ G.G. Fitzmaurice, «Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law», in *Symbolae Verzijl présentées au Professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son LXXème. anniversaire*, La Haye, M. Nijhoff, 1958, pp. 166-167; por conseguinte, o consentimento "jamais poderá constituir a única fonte formal do Direito Internacional"; *ibid.*, p. 167.

²²⁸ *Ibid.*, p. 175.

²²⁹ *Ibid.*, pp. 173-176. - Kaplan e Katzenbach rejeitaram a tese do consentimento como elemento essencial e preponderante na formação do costume internacional obrigatório; para eles, o «consentimento», assim entendido, nada mais é do que «uma ficção usada para harmonizar a prática com a teoria»; M.A. Kaplan e N. de B. Katzenbach, op. cit. supra n. (82), p. 272.

em suas "fontes" formais²³⁰, a ponto de despojar o exame da formação do Direito Internacional do *substratum* das normas jurídicas: as crenças, os valores, a moral, as idéias, as aspirações humanas.

Não surpreendentemente, tal atitude tem tornado o estudo da matéria árido, formalista, circunscrito aos modos ou procedimentos pelos quais as normas internacionais são formalmente criadas. Tal postura tem reduzido a visão do Direito Internacional à de um ordenamento jurídico meramente formal, - com conseqüências, a meu ver, nefastas, entre as quais a perpetuação do hermetismo da concepção positivista, o esvaziamento de um ordenamento jurídico insensível aos valores, e sua incapacidade de atender às necessidades sociais.

Trata-se, pois, de uma visão reducionista, conducente a resultados insatisfatórios, e que, no entanto, tem persistido ao longo dos anos. Com efeito, é uma postura que tem se manifestado ao longo de várias décadas. No final da década de sessenta, por exemplo, J.H.W. Verzijl, depois de distinguir devidamente entre as "fontes" formais e material do Direito Internacional Público, ponderou que não era possível examinar as "fontes" do Direito Internacional Público sem reconhecer a importância do direito natural para o direito das gentes, independentemente de o conteúdo do direito natural ter uma existência "objetiva" ou emanar da consciência humana²³¹.

No entanto, de modo surpreendente, interrompeu subitamente esta linha de pensamento para afirmar que somente as fontes "formais", como "procedimentos de criação" adotados para este fim por determinado sistema jurídico, devem ser tidas como "fontes" do Direito Internacional Público. Ao recusar-se a tomar em conta os princípios que transcendem as normas do direito positivo, - sejam eles apreendidos pela doutrina, ou pela razão, ou pela consciência humana, ou formados "espontaneamente" (como propugnado pela "escola histórica")²³², - capitulou ante o hermetismo do positivismo jurídico.

Anos antes, a mesma postura de reserva mental já se havia manifestado na doutrina jurídica. A contrário do afirmado, e.g., por Hans Kelsen, de que não era possível reconciliar a ordem legal com a ordem moral²³³, penso que a experiência humana ao longo do século XX, - marcado por tantos avanços no domínio científico-tecnológico acompanhados por atrocidades sem precedentes, demonstra que não é

²³⁰ Por exemplo, Michel Virally disse abertamente que aquilo que se designa como "fonte" material não seria de "interesse" ao estudo do Direito Internacional; M. Virally, "Panorama du Droit international contemporain - Cours général de Droit international public", 183 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (1983) p. 167.

²³¹ J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1968, pp. 1-3.

²³² *Ibid.*, pp. 7-8.

²³³ H. Kelsen, "The Basis of Obligation in International Law", in *Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor C. Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, p. 110.

possível conceber a ordem legal fazendo abstração da ordem moral. A afirmação de Kelsen se deu em sua avaliação de um estudo clássico de J.L. Brierly, que, como ele, buscou examinar a base da validade das normas do Direito Internacional. Brierly chegou a afirmar, em seu estudo, que a conexão entre o Direito e a moral é "muito mais fundamental" que sua distinção, e que a base última de uma obrigação internacional reside na moral²³⁴; no entanto, mais adiante o próprio Brierly confessou não saber como conciliar a convicção individual de atuar em conformidade com o Direito com o caráter "imperativo" deste último²³⁵. E, em seu *Law of Nations*, Brierly se limitou, de maneira insatisfatória, a dizer, *tout court*, que a resposta a esta questão devia ser encontrada fora da ordem legal, devendo a filosofia do direito fornecê-la²³⁶. Deteve-se, pois, no meio do caminho...

Não há, com efeito, em meu entender, como dissociar a formação do Direito Internacional dos aspectos atinentes a seus próprios fundamentos. A postura tipicamente positivista, de abordar a formação do Direito Internacional a partir do prisma das "fontes" formais do Direito Internacional (artigo 38 do Estatuto da CIJ) com ênfase na prova do consentimento estatal, - tal como seguida durante anos na jurisprudência da CPJI e da CIJ, - mostra-se crescentemente aberta a críticas. É a postura resultante do positivismo analítico do século XIX, estribada no formalismo legal (inclusive com sua lista de "fontes"), e fazendo abstração do processo informal de criação das normas jurídicas²³⁷.

Como ilustração deste último, no entanto, se afigura a "atividade legiferante" de alguns órgãos das Nações Unidas (para a realização dos propósitos da Organização mundial), refletida sobretudo em determinadas resoluções da Assembléia Geral, que têm tido impacto na evolução do Direito Internacional e da própria *opinio juris* da comunidade internacional²³⁸. Desta perspectiva mais ampla, o processo de formação do Direito Internacional contemporâneo afigura-se multifacetado, vasto e complexo (cf. *infra*), e busca, inclusive, enfrentar os novos desafios com que se defronta a comunidade internacional, ademais de atender a suas novas necessidades²³⁹.

Na verdade, a postura reducionista de considerar tão somente suas "fontes" formais jamais demonstrou a impossibilidade lógica ou jurídica de também se tomar em conta o *substratum* das normas jurídicas. Não o toma em conta simplesmente por que dogmaticamente se recusa a fazê-lo. Tampouco explica por que. De minha parte, não vislumbro qualquer impedimento a que se considere, no estudo da formação do Direito Internacional, igualmente sua "fonte" material, ainda que esta transcenda -

²³⁴ J.L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65.

²³⁵ Cf. *ibid.*, pp. 66-67, e cf. também pp. 68-80.

²³⁶ J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

²³⁷ D.P. Verma, "Rethinking about New International Law-Making Process", 29 *Indian Journal of International Law* (1989) pp. 38 e 43-44.

²³⁸ *Ibid.*, pp. 46-47.

²³⁹ *Ibid.*, p. 51.

como efetivamente transcende - o ordenamento jurídico positivo. Vou mais além: com a dura experiência humana acumulada nas últimas décadas, e os novos desafios com que se defronta a humanidade, não vejo como deixar de tomar em conta a "fonte" material do Direito Internacional.

Os desafios deste início do século XXI não mais admitem tanta reserva mental, e tampouco a atitude, tão generalizada e cômoda, de eximir-se de examinar a questão bem mais difícil da "fonte" *material* do Direito Internacional contemporâneo. Esta questão não pode ser abordada adequadamente a partir de uma perspectiva positivista, e fazendo abstração dos valores, e do próprio fim do Direito. O Direito Internacional não se reduz, em absoluto, a um instrumental a serviço do poder; seu destinatário final é o ser humano, devendo atender a suas necessidades, entre a quais a realização da justiça²⁴⁰.

VII. O Amplo Alcance da *Opinio Juris* na Formação do Direito Internacional Contemporâneo

Como anteriormente assinalado, os chamados "normativistas" jamais lograram fornecer uma explicação convincente da *validade* das normas jurídicas²⁴¹. Tal validade é uma questão metajurídica, recai no âmbito psicológico, em que se manifestam os valores; e, como assinalou Max Sorensen em meados dos anos quarenta, embora os valores pareçam *prima facie* transcender o domínio da ciência jurídica, são eles apreendidos pelos atores no plano internacional, a partir da "necessidade intrínseca" de reconhecer certos fins sociais e identificar os meios para realizá-los²⁴².

Assim, - acrescentou com maestria Sorensen, - o Direito Internacional não pode estar alheio aos valores e às questões morais, que se fazem sempre presentes, e atribuem "importância considerável" aos princípios gerais do direito²⁴³. Nesta linha de reflexão, A. Verdross, por sua vez, pressupôs como fundamento de todo sistema jurídico uma "idéia de direito" (*idée du droit*), que tem expressão precisamente nos princípios gerais do direito, que antecedem o direito internacional positivo (i.e., os tratados e o costume)²⁴⁴.

²⁴⁰ A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal", in *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (de A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 64-65.

²⁴¹ Max Sorensen, *Les sources...*, op. cit. supra n. (2), pp. 20-21.

²⁴² *Ibid.*, p. 254.

²⁴³ *Ibid.*, p. 254.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 244; e cf. A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5a. ed. [reimpr.], Madrid, Aguilar, 1969, pp. 15-19. - O Direito Internacional transcende efetivamente o mero formalismo jurídico, incapaz de explicar a origem de suas normas; e o faz precisamente para atender as novas necessidades da comunidade internacional, sem o que perderia sua própria razão de ser. N.E. Ghazali, "Les fondements du Droit international public - approche critique

Para esta formação de uma "idéia de direito" contribuem, em nossos dias, não apenas os Estados, mas também as organizações internacionais e os demais atores no cenário internacional. Se, há algumas décadas atrás, era freqüente abordar o processo de formação das normas do Direito Internacional geral com atenção voltada tão só às "fontes" manifestadas nas relações interestatais²⁴⁵, em nossos dias não é mais possível deixar de igualmente reconhecer as "fontes não-estatais", decorrentes da atuação de entidades da sociedade civil organizada no plano internacional²⁴⁶. Hoje se reconhece que, efetivamente, os indivíduos, as ONGs e demais entidades da sociedade civil têm passado a atuar no processo tanto de formação como de aplicação das normas internacionais²⁴⁷.

Constantemente tem se identificado um "renascimento" contínuo do direito natural, ainda que este último jamais tenha desaparecido. Isto tem-se dado ante o conservadorismo e a degeneração do positivismo jurídico, consubstanciando o *status quo*, com sua subserviência típica ao poder (inclusive nos regimes autoritários, ditatoriais e totalitários). Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas sim da afirmação ou restauração de um padrão de justiça, pelo qual se avalia o direito positivo²⁴⁸. Este "eterno retorno" do jusnaturalismo tem sido reconhecido pelos próprios jusinternacionalistas²⁴⁹, contribuindo em muito à afirmação e consolidação do primado, na ordem dos valores, das obrigações em matéria de direitos humanos, *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo²⁵⁰.

Independentemente da profissão ou não de um jusnaturalismo renovado, é patente que a enumeração das "fontes" do Direito Internacional efetuada pelo artigo 38 do Estatuto da CIJ tem se mostrado - como já assinalado - inadequada e

du formalisme classique", in *Les droits des peuples à disposer d'eux-mêmes - Méthodes d'analyse du Droit international - Mélanges offerts à Ch. Chaumont*, Paris, Pédone, 1984, pp. 305 e 314.

²⁴⁵ Cf. R. Pinto, "Tendances de l'élaboration des formes écrites du Droit international", in *L'élaboration du Droit international public (Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit International)*, Paris, Pédone, 1975, pp. 13-30.

²⁴⁶ Para um estudo geral, cf., e.g., F. Hondius, "La reconnaissance et la protection des ONGs en Droit international", 1 *Associations Transnationales* (2000) pp. 2-4; M.H. Posner e C. Whittome, "The Status of Human Rights NGOs", 25 *Columbia Human Rights Law Review* (1994) pp. 269-290; J. Ebbesson, "The Notion of Public Participation in International Environmental Law", 8 *Yearbook of International Environmental Law* (1997) pp. 51-97.

²⁴⁷ M. Bettati e P.-M. Dupuy, *Les O.N.G. et le Droit international*, Paris, Economica, 1986, pp. 1, 16, 19-20, 252-261 e 263-265.

²⁴⁸ C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 e 207. E, para um estudo geral recente, cf. Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189.

²⁴⁹ A. Truyol y Serra, "Théorie du Droit international public - Cours général", 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143.

²⁵⁰ J.A. Carrillo Salcedo, "Derechos Humanos y Derecho Internacional", 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política - Madrid* (2000) p. 75.

inconvincente. Muitos jusinternacionalistas têm inclusive se insurgido manifestamente contra a concepção voluntarista-positivista que consideram subjacente à mesma. Um exemplo notório é o da escola do "direito espontâneo" (R. Ago, G. Sperduti, R. Quadri, entre outros), que, ao rejeitar a enumeração das "fontes" formais, insiste na formação "espontânea" ao menos das normas internacionais consuetudinárias, tidas como orientadas essencialmente ao *bem comum*. Subjacente a esta visão, segundo o entendimento desta escola de pensamento jurídico, encontra-se a força moral da consciência humana, - a consciência jurídica universal, - de que é manifestação, e.g., a *cláusula Martens*, até mesmo como "fonte geral do Direito Internacional"²⁵¹.

Em outra linha de pensamento, mas também em reação contra a concepção voluntarista do Direito Internacional²⁵² (refletida, e.g., na decisão da CPJI no caso *Lotus, supra*), a chamada "escola histórica" enfatizou a *opinio juris*, ao requerer esta que a prática fosse uma expressão autêntica da "consciência jurídica" das nações²⁵³. Esta concepção veio a ser desenvolvida, na atualidade, na teoria moderna do Direito Internacional, preocupada sobretudo com a relutância de determinados Estados em aceitar e aplicar normas de interesse geral²⁵⁴.

Com efeito, a concepção da *opinio juris* emergiu, no século XIX, como construção sobretudo da escola histórica alemã (Puchta, Savigny), em reação à concepção voluntarista; com isto, logrou-se afastar gradualmente da "vontade" dos Estados, e mover em direção à "consciência jurídica comum", da qual eram expressão as normas consuetudinárias²⁵⁵. Isto veio a fomentar a formação destas últimas em uma comunidade internacional universalizada. À época da elaboração do Estatuto da antiga CPJI (artigo 38, cf. *supra*), o Barão Descamps se referiu precisamente a esta consciência jurídica comum, mas prevaleceu, ao final dos debates, a visão reducionista de caracterizar a *opinio juris* tão só como um dos elementos (o subjetivo) do costume²⁵⁶.

²⁵¹ F. Münch, "À propos du droit spontané", in *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 149-162; F. Münch, "Le rôle du droit spontané", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Prof. D. Antonio Truyol y Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, pp. 831-836.

²⁵² Para uma crítica à concepção voluntarista do Direito Internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques - Genebra* (1981) pp. 201-240.

²⁵³ K. Wolfke, "Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law", 24 *Netherlands Yearbook of International Law* (1993) pp. 5-6.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 13-14 e 16.

²⁵⁵ R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la 'Opinio Juris' en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 30-31 y 76-77; L. Millán Moro, *La 'Opinio Juris' en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Ed. Centro Est. R. Areces, 1990, pp. 33-34 e 138.

²⁵⁶ R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la 'Opinio Juris'...*, op. cit. supra n. (255), pp. 36-38.

Mas, com o passar do tempo, se tornou evidente que a formação do Direito Internacional constitui um processo bem mais amplo do que a formulação de suas "fontes" formais, sobretudo ao se buscar a legitimidade de normas a reger a vida internacional: há um claro afastamento, e abandono, do voluntarismo clássico, rumo à formação de um verdadeiro "direito de consciência"²⁵⁷. Com isto, a *opinio juris* assume uma dimensão consideravelmente mais ampla do que a de elemento subjetivo constitutivo do costume, assumindo um papel-chave na emergência e identificação das normas do direito internacional geral²⁵⁸.

Em nada surpreende, desse modo, a importância atribuída pela CIJ à *opinio juris*, no caso *Nicarágua versus Estados Unidos* (1986), - o que reflete a ampla dimensão do processo de formação do Direito Internacional contemporâneo²⁵⁹. A *opinio juris* se afirma como um fator da própria formação do Direito Internacional (e não mais como tão só um dos elementos constitutivos de uma de suas "fontes" formais); os dados fundamentais da ordem jurídica internacional independem da vontade dos Estados, e a *opinio juris* dá expressão à "consciência jurídica da comunidade internacional"²⁶⁰.

Com o abandono do positivismo voluntarista, se restaurou devidamente o primado da consciência sobre a vontade. Reconheceu-se, enfim, que a consciência se refere a valores objetivos que se situam acima da vontade, e que o Direito emana da consciência comum do que é juridicamente necessário (*opinio juris communis necessitatis*). Distintamente das "fontes" formais do Direito Internacional, que nada mais são do que meios ou veículos da formação de suas normas, a consciência (a *opinio juris* assim entendida) se afigura distintamente como sua "fonte" material por excelência (que expressa a obrigatoriedade de tais normas); é dela - da consciência jurídica da comunidade internacional em seu conjunto - que emanam, em última análise, as normas do *jus cogens* internacional²⁶¹.

VIII. Conclusões: A Consciência Jurídica Universal

O Direito Internacional tradicional, vigente no início do século pasado, caracterizava-se pelo voluntarismo estatal ilimitado, que se refletia na permissividade do recurso à guerra, da celebração de tratados desiguais, da diplomacia secreta, da

²⁵⁷ Ibid., pp. 173, 192, 194 e 199.

²⁵⁸ Ibid., pp. 204-205.

²⁵⁹ C. Lang, *L'affaire Nicaragua/États-Unis...*, op. cit. supra n. (216), pp. 138, 140 e 149.

²⁶⁰ P. Hagggenmacher, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale", 90 *Revue générale de Droit international public* (1986) pp. 101, 109 e 124. - Desse modo, atende à necessidade de um validade objetiva dos princípios e normas fundamentais da comunidade internacional (e de qualquer comunidade em qualquer época); F. Castberg, "Natural Law and Human Rights", 1 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Law Journal* (1968) pp. 34-35 e 37.

²⁶¹ R.E. Piza Escalante, "La 'Opinio Juris' como Fuente Autónoma del Derecho Internacional ('Opinio Juris' y 'Jus Cogens')", 39 *Relaciones Internacionales - Heredia* (1992) pp. 61-74.

manutenção de colônias e protetorados e de zonas de influência. Contra esta ordem oligárquica e injusta se insurgiram princípios como os da proibição do uso e ameaça da força e da guerra de agressão (e do não-reconhecimento de situações por estas geradas), da igualdade jurídica de los Estados, da solução pacífica das controvérsias internacionais. Ademais, deu-se início ao combate às desigualdades (com a abolição das capitulações, o estabelecimento do sistema de proteção de minorias sob a Sociedade das Nações, e a adoção das primeiras convenções internacionais do trabalho da OIT)²⁶².

A par dos princípios do Direito Internacional propriamente dito, a invocação, no âmbito das "fontes" do Direito Internacional, dos princípios gerais do direito, como já assinalado, veio atender às "exigências éticas" do ordenamento jurídico internacional, a partir de uma visão jusnaturalista renovada (Le Fur, A. Verdross, A. Truyol y Serra). Tais princípios (cf. *supra*) passaram a iluminar a formação e evolução do ordenamento jurídico internacional, dada a flagrante incapacidade do positivismo jurídico de explicar a formação das normas consuetudinárias, de visualizar o Direito como meio para a realização da justiça, e de reconhecer que o fundamento último do Direito se encontra necessariamente fora da ordem legal positiva²⁶³.

Em meados do século XX se reconheceu a necessidade da reconstrução do Direito Internacional com atenção voltada aos direitos inerentes a todo ser humano, - do que deu testemunho eloqüente a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional²⁶⁴, em uma manifestação do despertar da consciência jurídica universal para a necessidade de assegurar a proteção eficaz do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias. O Direito Internacional passou a experimentar, na segunda metade do século XX, uma extraordinária expansão, fomentada em grande parte pela atuação das Nações Unidas e agências especializadas, além das organizações regionais.

Assim, por influência direta das organizações internacionais, o processo de formação das normas de Direito Internacional tornou-se complexo e multifacetado, no propósito de lograr uma ampla regulamentação que atendesse as necessidades e aspirações da comunidade internacional como um todo²⁶⁵. A vasta produção normativa das Nações Unidas, por exemplo, já não se limitava aos projetos da

²⁶² A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição em Língua Portuguesa", do livro de Ian Brownlie, *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. IX-XX.

²⁶³ Cf. A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1977, pp. 19, 61, 68, 73, 104-105 y 117.

²⁶⁴ Na era das Nações Unidas se consolidou, paralelamente, o sistema de segurança coletiva, que, no entanto, deixou de operar satisfatoriamente em consequência dos impasses gerados pela guerra fria.

²⁶⁵ A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 2a. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2002, pp. 670-671.

FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO...

Comissão de Direito Internacional²⁶⁶, - que retêm seu valor e utilidade, - mas passaram a se estender à própria Assembléia Geral, a sua VI Comissão (para Assuntos Jurídicos), às Conferências de Plenipotenciários convocadas pelas Nações Unidas; além disso, agências especializadas do sistema das Nações Unidas, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a UNESCO, a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), dentre outras, - além das organizações regionais, - passaram a produzir numerosos tratados e convenções de importância em distintas áreas da atividade humana²⁶⁷.

A emergência dos novos Estados, em meio ao processo histórico de descolonização, veio a marcar profundamente sua evolução nas décadas de cinquenta e sessenta, em meio ao grande impacto no seio das Nações Unidas do direito emergente de autodeterminação dos povos. Desencadeou-se o processo de *democratização* do Direito Internacional²⁶⁸. Ao transcender os antigos parâmetros do direito clássico da paz e da guerra, equipou-se o Direito Internacional para responder às novas demandas e desafios da vida internacional, com maior ênfase na cooperação internacional²⁶⁹. Nas décadas de sessenta a oitenta, os foros multilaterais se involucraram em um intenso processo de elaboração e adoção de sucessivos tratados e resoluções de regulamentação dos espaços²⁷⁰.

As notáveis transformações no cenário mundial desencadeadas a partir de 1989, pelo fim da guerra fria e a irrupção de numerosos conflitos internos, caracterizaram os anos noventa como um momento na história contemporânea marcado por uma profunda reflexão, em escala universal, sobre as próprias bases da sociedade internacional e a formação gradual da agenda internacional do século XXI. O ciclo das Conferências Mundiais das Nações Unidas do final do século XX²⁷¹ tem

²⁶⁶ United Nations, *The Work of the International Law Commission*, 5a. ed., N.Y., U.N., 1996, pp. 1-501.

²⁶⁷ A. Pellet, "La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies", 6 *European Journal of International Law* (1995) pp. 401-425; F. Cede, "New Approaches to Law-Making in the U.N. System", 1 *Austrian Review of International and Comparative Law* (1996) pp. 51-66; E. McWhinney, *Les Nations Unies et la formation du droit*, Paris, Pédone/UNESCO, 1986, pp. 101-129 e 261-287.

²⁶⁸ A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição...", op. cit. supra n. (262), pp. IX-XX; e cf. H. Valladão, *Democratização e Socialização do Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Livr. José Olympio Ed., 1961, pp. 7-98; P. Buirette-Maurau, *La participation du tiers-monde à l'élaboration du Droit international*, Paris, LGDJ, 1983, pp. 19-202.

²⁶⁹ As Nações Unidas gradualmente voltaram sua atenção também ao domínio econômico e social, a par do comércio internacional, sem prejuízo de sua preocupação inicial e continuada com a preservação da paz e segurança internacionais.

²⁷⁰ Em áreas distintas como as do espaço exterior e do direito do mar.

²⁷¹ Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1992; II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena, 1993; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; Cúpula Mundial para o Desenvolvimento, Copenhague, 1995; IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing, 1995; II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat-II, Istambul,

procedido a uma reavaliação global de muitos conceitos à luz da consideração de temas que afetam a humanidade como um todo.

Seu denominador comum tem sido a atenção especial às *condições de vida* da população, - em particular dos que integram os grupos vulneráveis, em necessidade especial de proteção²⁷². Com efeito, os grandes desafios de nossos tempos - a proteção do ser humano e do meio ambiente, a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles assim como da exclusão social, a erradicação da pobreza crônica e o fomento do desenvolvimento humano, o desarmamento, - têm incitado à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do Direito Internacional contemporâneo, tendendo a fazer abstração de soluções jurisdicionais e espaciais (territoriais) clássicas e deslocando a ênfase para a noção de solidariedade.

Em meu entender, há efetivamente elementos para abordar a matéria, deste prisma e de modo mais satisfatório, tanto na jurisprudência internacional, como na prática dos Estados e organismos internacionais, como na doutrina jurídica mais lúcida. Destes elementos se depreende, - permito-me insistir neste ponto central, - *o despertar de uma consciência jurídica universal* (cf. *supra*), para reconstruir, neste início do século XXI, o Direito Internacional, com base em um novo paradigma, já não mais estatocêntrico, mas situando o ser humano em posição central e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo²⁷³.

No tocante à *jurisprudência internacional*, o exemplo mais imediato reside na jurisprudência dos dois tribunais internacionais de direitos humanos hoje existentes, as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos. Referências expressas à consciência jurídica universal encontram-se, e.g., em alguns de meus Votos no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁷⁴. A esta jurisprudência se pode agregar a jurisprudência emergente dos dois Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, para a ex-Iugoslávia e Ruanda. E a própria jurisprudência da Corte Internacional de

1996; Conferência de Roma sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, 1998.

²⁷² Daí resultando o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos, em definitivo, no centro de todo processo de desenvolvimento; A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição...", op. cit. *supra* n. (262), pp. IX-XX; A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law - Past, Present and Future (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law)*, The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

²⁷³ A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1039-1109.

²⁷⁴ Sobre esta consciência jurídica universal, cf. meus Votos, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e.g., no Parecer n. 16, sobre o Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal (1999), parágrafos 3-4, 12 e 14; na Medidas Provisórias de Proteção no caso dos Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana (2000), parágrafo 12; no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (mérito, sentença de 25.11.2000), parágrafos 16 e 28.

Justiça contém elementos desenvolvidos a partir, e.g., de considerações básicas de humanidade²⁷⁵.

No que tange à *prática internacional*²⁷⁶, a idéia de uma consciência jurídica universal tem marcado presença em muitos debates das Nações Unidas (sobretudo da VI Comissão da Assembléia Geral), nos trabalhos das Conferências de codificação do Direito Internacional (o chamado "direito de Viena") e nos respectivos *travaux préparatoires* da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas²⁷⁷. Mais recentemente, tem ocupado um espaço importante no ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas da década de noventa (*supra*).

Também na *doutrina do Direito Internacional* encontramos elementos para o desenvolvimento da matéria, ainda que, surpreendentemente, não suficientemente articulados até o presente. A noção que me permito denominar de *consciência jurídica universal* passa a encontrar expressão doutrinária em tempos relativamente recentes, ao longo do século XX, com a emergência do conceito de *communis opinio juris*, ao enfrentar o velho dogma positivista do consentimento (*voluntas*) individual para a formação do direito consuetudinário²⁷⁸. Nas três primeiras décadas do século XX, a expressão "consciência jurídica internacional" foi efetivamente utilizada, em sentido ligeiramente distinto, recordando a noção clássica da *civitas maxima*, a fim de fomentar o espírito de solidariedade internacional²⁷⁹.

Na América Latina, referências a "consciência jurídica" e "consciência moral" encontram-se, por exemplo, na *Meditación sobre la Justicia* (1963) de Antonio Gómez Robledo, em meio a sua lúcida crítica do positivismo jurídico²⁸⁰. E duas décadas antes, Alejandro Álvarez argumentava que os grandes princípios do Direito Internacional, e a própria "justiça internacional", emanam da "consciência pública"

²⁷⁵ Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", in *Droits intangibles et états d'exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (eds. D. Prémont, C. Stenersen e I. Oseredczuk), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 73-89.

²⁷⁶ Entendida esta já não mais como a simples "prática dos Estados", inspirada por seus chamados "interesses vitais", como nas sistematizações do passado, mas sim como a prática dos Estados e organismos internacionais em busca da realização de fins comuns e superiores (cf. *supra*).

²⁷⁷ Este ponto, dentre outros, forma objeto da pesquisa por mim realizada para meu Curso Geral de Direito Internacional Público programado para 2005 na Academia de Direito Internacional da Haia.

²⁷⁸ A. Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, University Press, 1986, pp. 26-28 e 33.

²⁷⁹ Cf., e.g., G. Tassitch, "La conscience juridique internationale", 65 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1938) pp. 310-311, 314, 316-317 e 320.

²⁸⁰ A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 179 e 185.

ou "consciência dos povos"²⁸¹. Estes são alguns exemplos a revelar que, no passado, houve jusinternacionalistas que tiveram a intuição e a sensibilidade para a realidade da *consciência humana*, mais além da "realidade" crua dos fatos.

Caberia recordar os debates do *Institut de Droit International*, em sua Sessão de Nova York de 1929, acerca de um projeto de declaração sobre os direitos humanos. Observou-se, na ocasião, que a "vida espiritual" e a "consciência jurídica" dos povos requeriam um novo direito das gentes, com a afirmação dos direitos humanos²⁸². Em um determinado momento daqueles memoráveis debates de 1929 do *Institut*, - quase esquecidos em nossos dias, - ponderou-se, por exemplo, que "dans la conscience du monde moderne, la souveraineté de tous les États doit être limitée par le but commun de l'humanité. (...) L'État dans le monde n'est qu'un moyen en vue d'une fin, la perfection de l'humanité (...). La protection des droits de l'homme est le *devoir de tout État* envers la communauté internationale. (...) Il s'agit de proclamer les droits que la conscience du monde civilisé reconnaît aux individus en tant qu'hommes.(...)"²⁸³. Ao final dos referidos debates, o *Institut* (22a. Comissão) efetivamente adotou uma resolução contendo a "Déclaration des droits internationaux de l'homme", cujo primeiro *considerandum* afirmou com ênfase que "a consciência jurídica do mundo civilizado exige o reconhecimento ao indivíduo de direitos salvaguardados de todo atentado por parte do Estado"²⁸⁴.

O reconhecimento de certos *valores* fundamentais, imbuídos de um sentido de justiça objetiva, em muito contribuiu à formação da *communis opinio juris*²⁸⁵ nas últimas décadas do século XX. Verificou-se, aqui, uma evolução conceitual que se moveu, a partir dos anos sessenta, da dimensão *internacional* à *universal* (sob a grande influência do desenvolvimento do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos), conducente à identificação dos interesses comuns da comunidade internacional e do reconhecimento generalizado do imperativo de satisfazer as necessidades sociais básicas²⁸⁶. Assim, no início dos anos setenta, era possível vislumbrar, - como o fez T.O. Elias, por exemplo, - um "overwhelming trend toward consensus which is an expression of the juridical conscience of the world community"²⁸⁷. E Giuseppe Sperduti, por sua vez, ao final da década de oitenta, não

²⁸¹ Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 19-21 e 24-25, e cf. p. 488.

²⁸² Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Session de New York), vol. II, 1929, pp. 114, 134-135 e 137.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 112 e 117.

²⁸⁴ *Cit. in ibid.*, p. 298.

²⁸⁵ Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, e cf. pp. 246 e 253-255.

²⁸⁶ B. Stern, "La coutume au coeur du Droit international - quelques réflexions", *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, p. 487.

²⁸⁷ T.O. Elias, "Modern Sources of International Law", *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Ph.G. Jessup* (eds. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lissitzyn), N.Y./London, Columbia University Press, 1972, p. 51.

hesitou em afirmar, em outra crítica ao positivismo jurídico, que "la doctrine positiviste n'a pas été en mesure d'élaborer une conception du droit international aboutissant à l'existence d'un véritable ordre juridique (...). Il faut voir dans la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international"²⁸⁸.

Referências do gênero, certamente suscetíveis em nossos dias de um desenvolvimento conceitual mais amplo e aprofundado, não se limitam ao plano doutrinário; figuram igualmente em tratados internacionais. A Convenção contra o Genocídio de 1948, e.g., se refere, em seu preâmbulo, ao "espírito" das Nações Unidas. Transcorrido meio século, o preâmbulo do Estatuto de Roma de 1998 do Tribunal Penal Internacional se refere à "consciência da humanidade" (segundo *considerandum*). E o preâmbulo da Convenção Interamericana de 1994 sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, para citar outro exemplo, menciona a "consciência do hemisfério" (terceiro *considerandum* do preâmbulo).

Uma cláusula da maior transcendência merece destaque: a chamada *cláusula Martens*, que conta com mais de um século de trajetória histórica. Originalmente apresentada pelo Delegado da Rússia, Friedrich von Martens, à I Conferência de Paz da Haia (1899), foi inserida nos preâmbulos da II Convenção da Haia de 1899 (parágrafo 9) e da IV Convenção da Haia de 1907 (parágrafo 8), ambas relativas às leis e costumes da guerra terrestre. Seu propósito - conforme a sábia premonição do jurista e diplomata russo - era o de estender juridicamente a proteção às pessoas civis e aos combatentes em todas as situações, ainda que não contempladas pelas normas convencionais; neste propósito, a cláusula Martens invocava "os princípios do direito das gentes" derivados dos "usos estabelecidos", assim como das "leis de humanidade" e das "exigências da consciência pública".

Posteriormente, a cláusula Martens voltou a figurar na disposição comum, relativa à denúncia, das quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949 (artigo 63/62/142/158), assim como no Protocolo Adicional I (de 1977) a tais Convenções (artigo 1(2)), - para citar algumas das principais Convenções de Direito Internacional Humanitário. A cláusula Martens tem-se revestido, pois, ao longo de mais de um século, de validade continuada, porquanto, por mais avançada que seja a codificação da normativa humanitária, dificilmente poderá ser esta última considerada verdadeiramente completa.

A cláusula Martens continua, assim, a servir de advertência contra a suposição de que o que não esteja expressamente proibido pelas Convenções de Direito Internacional Humanitário poderia estar permitido; muito ao contrário, a cláusula Martens sustenta a aplicabilidade continuada dos princípios do direito das gentes, das leis de humanidade e das exigências da consciência pública, independentemente do

²⁸⁸ G. Sperduti, "La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", in *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 884, e cf. p. 880.

surgimento de novas situações e do desenvolvimento da tecnologia²⁸⁹. A cláusula Martens impede, pois, o *non liquet*, e exerce um papel importante na hermenêutica e aplicação da normativa humanitária.

O fato de que os redatores das Convenções de 1899, 1907 e 1949, e do Protocolo I de 1977, tenham reiteradamente afirmado os elementos da cláusula Martens, situa esta última no plano da própria *fonte material* do Direito Internacional Humanitário²⁹⁰. Desse modo, exerce uma influência contínua na formação espontânea do conteúdo de novas regras do Direito Internacional Humanitário²⁹¹. A doutrina jurídica contemporânea tem também caracterizado a cláusula Martens como fonte do próprio direito internacional geral²⁹²; e ninguém ousaria hoje negar que as "leis de humanidade" e as "exigências da consciência pública" invocadas pela cláusula Martens pertencem ao domínio do *jus cogens*²⁹³. A referida cláusula, como um todo, tem sido concebida e reiteradamente afirmada, em última instância, em benefício de todo o gênero humano, mantendo assim sua grande atualidade. Pode-se considerá-la como expressão da *razão de humanidade* impondo limites à *razão de Estado* (*raison d'État*).

Movida pela consciência humana, a própria dinâmica da vida internacional contemporânea tem cuidado de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regem por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista se mostrou incapaz de explicar o processo de formação das normas do Direito internacional geral, e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da afirmação da idéia de uma justiça objetiva²⁹⁴. Neste início do século XXI, temos o privilégio de testemunhar e o

²⁸⁹ B. Zimmermann, "Protocol I - Article 1", Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949 (eds. Y. Sandoz, Chr. Swinarski e B. Zimmermann), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 39.

²⁹⁰ H. Meyrowitz, "Réflexions sur le fondement du droit de la guerre", Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet (ed. Chr. Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 423-424; e cf. H. Strebler, "Martens' Clause", Encyclopedia of Public International Law (ed. R. Bernhardt), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

²⁹¹ F. Münch, "Le rôle du droit spontané", in op. cit. supra n. (251), p. 836; H. Meyrowitz, op. cit. supra n. (290), p. 420. Já se assinalou que, na ultima ratio legis, o Direito Internacional Humanitário protege a própria humanidade, ante os perigos dos conflitos armados; Chr. Swinarski, Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

²⁹² F. Münch, op. cit. supra n. (291), p. 836.

²⁹³ S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", Études et essais... en l'honneur de J. Pictet, op. cit. supra n. (290), pp. 438 e 440.

²⁹⁴ Nesta linha de evolução também se insere a tendência atual de 'criminalização' de violações graves dos direitos da pessoa humana, paralelamente à consagração do princípio da jurisdição universal, - somados ao reconhecimento da responsabilidade penal individual (a par

FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO...

dever de impulsionar o processo de humanização do Direito Internacional, que, de conformidade com o novo ethos de nossos tempos, passa a se ocupar mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores. Desse modo, o Direito Internacional evolui, se expande, se fortalece e se aperfeiçoa, e, em última análise, se legitima.

da responsabilidade internacional do Estado), de capital importância ao combate à impunidade (cf., e.g., a criação dos dois Tribunais ad hoc, para a ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994), seguida da adoção do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1988), - acrescidas das três Convenções contra a Tortura, - a das Nações Unidas, 1984; a Interamericana, 1985; e a Européia, 1987).

