

# Reavaliação das fontes do Direito Internacional Público ao início da década de oitenta

**ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**

Ph.D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamarati), Ex-Assessor Jurídico da ONU em Genebra, Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

## SUMÁRIO

- I. Observações preliminares
- II. O costume internacional
- III. Os tratados internacionais
- IV. Os princípios gerais do direito
- V. Valor da jurisprudência internacional (decisões judiciais e arbitrais)
- VI. Valor da doutrina
- VII. O elemento de equidade
- VIII. A questão dos atos jurídicos unilaterais
- IX. A questão das resoluções das organizações internacionais

### *I. Observações preliminares*

O problema das “fontes” do direito internacional continua desafiando os teóricos da disciplina. O advento de novos atores no plano internacional tem contribuído para ampliar os modos pelos quais o direito internacional hoje se manifesta. Os autores do passado tendiam a ressaltar a distinção entre as fontes *formais* clássicas e a chamada “fonte” *material*, que era antes o substrato jurídico de que se origina-

vam as fontes externas (costume, tratados etc.) (1). Ainda hoje, talvez o ponto de partida mais conveniente, senão natural, para o estudo da matéria seja o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, virtualmente idêntico ao mesmo artigo do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (2).

Dispõe o art. 38 que, na solução de controvérsias que lhe forem submetidas, a Corte aplicará as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de 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 comissão reuniu-se em Haia de 16 de junho a 24 de julho de 1920. O projeto do art. 38 do Estatuto foi redigido pelo Barão DESCAMPS (incluindo tratados, costume, princípios gerais do direito, jurisprudência internacional), e decisivamente discutido, além do autor, por Mr. ROOT e Lord PHILLIMORE (3).

O dispositivo de imediato atraiu a atenção dos internacionalistas, por enumerar "fontes" do direito internacional, chegando mesmo a se tornar alvo de algumas críticas no decorrer dos anos (4). Há, no entanto, que se ter em mente que o art. 38 jamais pretendeu constituir-se em fórmula peremptória e exaustiva das fontes do direito internacional, mas tão-somente em guia à atividade da Corte Internacional (5).

Com efeito, todo o capítulo das "fontes" do direito internacional poderia ser estudado à luz do problema fundamental do *consentimento* no direito internacional. A questão é, como sempre foi, altamente controvertida, não comportando respostas simples, e dependendo em grande parte da formação e premissas orientando cada autor. Cumpre registrar, no entanto, a oscilação entre duas teses opostas, determinada até certo ponto pelas idéias prevalecentes em cada época. Assim, por exem-

( 1 ) GEORGES SCELE, "Essai sur les sources formelles du droit international", *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Gény*, vol. III, Paris, Rec. Sirey, 1934, pp. 400-430.

( 2 ) Afora pequenas variações de fraseologia (na frase introdutória) e na numeração de parágrafos e subparágrafos; cf. BIN CHENG, op. cit. infra n.º 95, pp. 2 e 21.

( 3 ) Para um estudo recente dos *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.

( 4 ) Como, por exemplo, a de que fora muito influenciado por considerações de ordem política, representando um acordo ou compromisso entre as exigências da técnica jurídica e as possibilidades das relações intergovernamentais: G. SCELE, op. cit. supra n.º 1, pp. 400-430.

( 5 ) MAX SORENSEN, *Les Sources du Droit International*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946, pp. 28-33.

plo, em parecer de 1923, no caso da *Carélia Oriental*, a Corte Permanente de Justiça Internacional endossou a tese do consentimento dos Estados como base do direito internacional, ao afirmar ser um princípio básico do direito internacional, que nenhum Estado poderia, sem 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*, Bulgária, Hungria e Romênia objetaram que, como não haviam consentido na jurisdição da Corte Internacional de Justiça, não poderia esta emitir parecer sobre o caso. A Corte, ao rejeitar tal argumento, observou que o "princípio Carélia Oriental" envolvia investigação dos méritos de uma disputa, ao passo que o presente caso dos *Tratados de Paz* dizia respeito somente ao procedimento para a solução do litígio e não a sua substância. De modo consistente, também no recente caso da *Namíbia* (1971), recusou-se a Corte a aplicar o "princípio Carélia Oriental" em se tratando de parecer, embora se tenha dado ao trabalho de explicar as circunstâncias distinguindo-as das do caso da Carélia Oriental (6).

Há controvérsia perene entre os autores acerca da questão se o art. 38 do Estatuto da Corte de Haia estabelece 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 art. 38 cuida de estabelecer 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: nessa ótica, tratados e costume seriam atualizações ou positivamente dos princípios gerais do direito, adaptadas às situações históricas variáveis (7). 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 recentemente vem se tornando mais claro, e sobre o qual já existe considerável consenso entre os autores, é a posição proeminente de tratados e costume — desfrutando normalmente de *igual* autoridade — dentre as fontes do direito internacional (8). Houve mesmo quem defendesse a tese de que o costume internacional pode ser

(6) Cf. discussão sobre a questão in D.W. GREIG, *International Law*, 2.ª ed., Londres, Butterworths, 1976, pp. 4-40.

(7) A. TRUYOL Y SERRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, Coimbra, A. Amado Ed., 1962, pp. 141-143.

(8) Autores soviéticos chegam mesmo ao ponto de recusar-se a reconhecer quaisquer fontes do direito internacional outras que os tratados e o costume; cf. M. AKKHURST, "The Hierarchy of the Sources of International Law", 47 *British Year Book of International Law* (1974-1975), pp. 273-285. E há autores soviéticos que acrescentam 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.º 9, pp. 101-102.

encontrado nos tratados assim como 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-partes contratantes (9). Exceção feita a esse último ponto, que tem sido recentemente contestado (10), é hoje admissível que um tratado se sobreponha a um costume preexistente, assim como que um costume subsequente se sobreponha a um tratado (11). 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 costume (12).

Também os tratados bilaterais, assim como os multilaterais, podem servir de evidência do direito costumeiro. Por exemplo, tratados bilaterais consulares muito influenciaram o desenvolvimento do direito internacional costumeiro sobre cônsules, 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 costumeiro (13).

O papel reconhecidamente preponderante de tratados e costume dentre as "fontes" do direito internacional geral vem sofrendo uma certa 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 recentemente advogada, 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 interamericanas); 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 trata-

(9) R. R. BAXTER, "Treaties and Custom" 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1970), pp. 31-104; A. D. McNAIR, "Treaties Producing Effects "Erga Omnes", *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II, Milão, Giuffrè, 1957, pp. 23-38.

(10) PH. CAHIER, "Le problème des effets des traités à l'égard des Etats tiers", 143 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1974), pp. 589-738.

(11) M. AKEHURST, op. cit. supra n.º 8, pp. 273-285.

(12) R. R. BAXTER, op. cit. supra n.º 9, pp. 31-104. — Sobre a possibilidade de certas normas de Direito Internacional serem convencionais com relação a Estados-Partes de tratados que as contêm, e costumeiras com relação a outros Estados, cf. M. VIRALLY, "The Sources...", op. cit. infra n.º 38, p. 129.

(13) R. R. BAXTER, op. cit. supra n.º 9, 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 93.

dos “constitutivos” (14). Em contrapartida, a doutrina, que no direito internacional geral encontra-se relegada a posição bastante modesta, no direito internacional americano tem exercido considerável influência na formação de normas internacionais tanto consuetudinárias quanto convencionais (15). E — elemento ainda mais importante para o estudo das fontes do chamado direito internacional americano — as resoluções ou decisões das Conferências Internacionais, situando-se “a meio caminho entre a convenção e o costume”, constituir-se-iam na “fonte do direito internacional americano por excelência” (16).

Uma derradeira advertência seria pertinente antes de passarmos 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 art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 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 Corte Internacional de Justiça 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 Corte Internacional de Justiça foi encontrar sua evidência de 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 força) entre os Estados Unidos e outros Estados, uma convenção pan-americana de 1906, e um tratado de codificação de 1930 (17).

Assim, ocorre, às vezes, na prática, a impossibilidade de se basear uma decisão em apenas uma determinada categoria das fontes oficialmente consagradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de

(14) 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). CÉSAR SEPÚLVEDA, *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, 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 judiciária é, no contexto das relações interamericanas, bem mais modesta do que talvez o pretendessem os autores de formação anglo-saxônica (*ibid.*, pp. 85-91).

(15) O que talvez se explique pelas “relações peculiares” entre os países latino-americanos e os Estados Unidos, como exemplificado, e.g., pela Doutrina CALVO (de igualdade entre nacionais e estrangeiros em matéria de direitos civis), a Cláusula CALVO (de renúncia à invocação de proteção diplomática), a Doutrina JEFFERSON (sobre reconhecimento de governos), a Doutrina STIMSON (de não-reconhecimento da aquisição de territórios pela força); por vezes, tais doutrinas podem transcender o âmbito regional, como a contribuição da tese de DRAGO (de proibição do uso da força na cobrança de dívidas contratuais de um Estado) para a cristalização do princípio da proibição geral do uso da força nas relações internacionais, hoje consagrado no artigo 2 (4) da Carta da ONU. C. SEPÚLVEDA, *op. cit.* supra n.º 14, pp. 71-84.

(16) *Ibid.*, pp. 94-95.

(17) *Cit.* in R. E. BAXTER, *op. cit.* supra n.º 9, pp. 36-37.

Justiça. 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 Assembleia-Geral da ONU sobre reservas a convenções multilaterais (Resolução 598 (VI), de 12 de janeiro de 1952, contendo instruções ao Secretário-Geral e recomendação aos membros), o trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU e os arts. 19-23 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ainda não em vigor) <sup>(18)</sup>. 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 art. 38 do Estatuto da CIJ representaria, pois, ao invés de enumeração exaustiva das “fontes”, provavelmente nada mais do que “um catálogo descritivo com razoável grau de exatidão histórica” <sup>(19)</sup>.

Dos exemplos acima 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 prevaletentes em determinado momento histórico.

## II. O costume internacional

O próprio art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça qualifica devidamente o costume internacional ao referir-se 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 KELSEN e seus seguidores (a escola da “teoria pura do direito”), endossada por 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 costu-

(18) Cit. in CH. SCHREUER “Recommendations and the Traditional Sources of International Law”, 20 *German Yearbook of International Law* (1977), p. 113.

(19) *Ibid.*, pp. 113-114. Sobre a atividade da Corte Internacional de Justiça com base em decisões de organizações internacionais, cf. observações *infra*.

meira <sup>(20)</sup>. 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 norma preestabelecida, elemento impossível de se provar — o que levaria necessária e fatalmente à renúncia ou rejeição do elemento subjetivo do costume (*opinio juris*) <sup>(21)</sup>.

Por outro lado, muitos autores consideram útil ou necessário o 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 disputam o conteúdo do direito consuetudinário <sup>(22)</sup>. É possível que a interação de reivindicações rivais por parte dos Estados venha a atuar no sentido de formação do costume internacional <sup>(23)</sup>. A esse propósito, uma corrente de pensamento que floresceu recentemente nos Estados Unidos sustenta 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, por exemplo, em situações de conflito ou negociação, tenderia a prevalecer a parte que apresentasse o argumento mais forte (não necessariamente a que tentasse tão-somente se conformar com o que o mantiveram os teóricos do direito internacional) <sup>(24)</sup>.

Já se destacou como traço característico do direito costumeiro internacional sua formação não pela repetição de atos que visem necessária e expressamente a criação do direito internacional, mas sim por uma apreciação baseada na observação criteriosa da conduta dos Estados no plano internacional <sup>(25)</sup>. No plano teórico, há também que se registrar

(20) Cf. observações infra a esse respeito.

(21) PAUL GUGGENHEIM, "Les deux éléments de la coutume en droit international", *La Technique et les Principes du Droit Public — Etudes en l'Honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 275-284.

(22) ANTHONY A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, pp. 242 n.º 28, e 74. Cf. também JOSEF L. KUNZ, "The Nature of Customary International Law" 47 *American Journal of International Law* (1953), p. 665.

(23) D. W. GREIG, *op. cit.* supra n.º 6, p. 19.

(24) A. A. D'AMATO, *op. cit.* supra n.º 22, pp. 271-272.

(25) MAX SORENSEN, *op. cit.* supra n.º 5, 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. Há os que sustentam 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. GERSON DE B. M. BOSON, "Fontes do Direito Internacional", 8 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1956), pp. 23-24. Ainda no tocante à *opinio juris*, quer se aplique o termo à "convicção" dos Estados, quer se aplique às declarações do Estado como pretende M. AKERHURST (*op. cit.* infra n.º 39, pp. 36-37), tal distinção parece irrelevante, dado que é normalmente a partir das declarações e notas oficiais dos Estados que se tenta deprender e identificar suas "convicções". Para uma discussão teórica recente sobre o elemento da *opinio juris*, cf. R. M. WALDEN, "Customary International Law: A Jurisprudential Analysis", 13 *Israel Law Review* (1978), pp. 86-102.

a tentativa de ROBERTO AGO de explicação de um direito internacional costumeiro "espontâneo" (26), a que se opôs JOSEF KUNZ (27).

O problema dos elementos constitutivos e processo de criação de regras costumeiras foi amplamente debatido diante da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Lotus* (1927), que opôs a França à Turquia. A disputa 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 Istanbul. Levado o caso à Corte Permanente de Justiça Internacional, opinou esta que a Turquia não violara os princípios de direito internacional, pois não havia norma que impedisse a Turquia de agir como agiu. No decorrer do processo diante da Corte de Haia, de início o Governo turco argüiu, em seu memorial, que o costume internacional deve refletir o sentimento 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.

O Governo francês, a seu turno, invocou precedentes para defender a tese do caráter territorial da jurisdição do Estado, no que foi contestado pelo Governo turco 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 (BASDEVANT) defendeu a tese de que havia uma prática *negativa* bem estabelecida pela qual não se persegue 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) argüiu que, para impedir os Estados de exercer sua jurisdição, uma abstenção apenas — o ponto de vista de um Estado apenas, no caso a França — não bastaria: na ausência de dispositivos convencionais estabelecendo uma regra relativa a perseguições penais em abaloamentos 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 Corte Permanente de Justiça Internacional enfatizou o elemento da vontade dos Estados independentes na forma-

( 26 ) I.e., a internacionalidade de uma norma resultaria de sua natureza e não necessariamente do caráter de sua "fonte", pois poderiam elas 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.

( 27 ) Cf., e.g., J. L. KUNZ, "The Nature of Customary International Law", 47 *American Journal of International Law* (1953) pp. 664-665.

ção de regras internacionais convencionais e costumeiras, e admitiu que, na prática, os Estados de fato freqüentemente 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 questão (28). Em voto dissidente, o Juiz NYHOLM ressaltou que o exame ou busca de uma regra de direito internacional comporta uma investigação da maneira pela qual o costume nasce e se cristaliza em “fonte” do direito internacional; sua relevância é acentuada pela ausência de um legislativo internacional, e é pela repetição contínua de certos atos que começa a manifestar-se uma consciência jurídica internacional (29).

O que parece transparecer da decisão da Corte e do processo no caso *Lotus* é uma importância atribuída em princípio ao elemento subjetivo do costume, a *opinio juris sive necessitatis*. É indubitável que o voluntarismo se fez presente no julgamento da Corte, parecendo sugerir uma penetração do pensamento positivista no raciocínio de seus juizes. Um exame desse ponto escaparia aos propósitos do presente estudo; cumpre-nos, no entanto, registrar a tendência mais recente da Corte de se distanciar, e mesmo desvincular-se, da outrora prevalecente concepção voluntarista do direito internacional (30). Ainda no tocante à *opinio juris*, mesmo nas proposições de princípio da Corte no caso *Lotus* (supra), verifica-se uma certa cautela no sentido de evitar asserções categóricas sobre a existência ou não do elemento psíquico do costume nas circunstâncias do caso. Tal ponto conduz a outro problema de capital importância, o da *prova do costume*, que anos depois se tornaria alvo de atenção da Corte Internacional de Justiça no caso do *Asilo* (Colômbia versus Peru, 1950) (31).

Na ocasião, *inter alia*, a Colômbia invocou a existência de um pretenso costume regional ou local, do chamado direito internacional ame-

( 28) Cf. materiais reproduzidos in: K. MAREK, *Répertoire des Décisions et des Documents de la Procédure Ecrite 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.

( 29) 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 pode 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.

( 30) Cf. observações e referências (à jurisprudência da Corte) *infra*, a propósito do *ius cogens*.

( 31) 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 concedeu-lhe asilo diplomático e solicitou salvo-conduto ao Peru, que contestou a medida. Levado o caso à Corte Internacional de Justiça, 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.

ricano, 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 existe (32). Quanto aos meios de comprovação de um costume, o direito internacional contemporâneo parece admitir várias formas de prova e liberdade de apreciação (33). 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 internacional (34).

Já se caracterizou o direito internacional consuetudinário como "a generalização da prática dos Estados" (35), comportando variações e matizes de Estado a Estado, e mesmo uma certa distância entre os pronunciamentos oficiais dos canais competentes dos Governos e as linhas de conduta de política externa efetivamente adotadas e seguidas pelas chancelarias (36). Surge aqui um problema contemporâneo, próprio à época da descolonização, qual seja, o de se determinar a aplicação ou não do direito costumeiro internacional aos novos Estados recém-emancipados politicamente. A questão é controvertida, 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 nem têm preferido, ao invés de tentar rejeitar precipitada e irrealisticamente certas normas que possam vir a ser-lhes adversas, admitir sua existência e tentar modificá-las o mais

(32) Cf. observações in PAUL GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. I, Genebra, Libr. Univ. George & Cie., 1953, pp. 46-48 e 506; cf. também H. W. BRIGGS, *op. cit.* supra n.º 25, pp. 728-731.

(33) Cf., e.g., PAUL GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, vol. I, 2.ª ed. rev., Genebra, Libr. Univ. George & Cie., 1967, p. 105; cf. também M. SORENSSEN, *op. cit.* supra n.º 5, p. 209; ROGER PINTO, "L'organisation judiciaire internationale", *Juris-Classeur de Droit International*, fascicule 248, 1961, p. 8. Quanto aos elementos para a comprovação do 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.º 1949-V-6, 1949, pp. 3-114.

(34) Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law", *9 Droit international et comparé — RDH/HRJ* (1976) pp. 81-121.

(35) Cf. *cit.* in CLIVE PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, University Press/Oceana, 1965, pp. 58 e 62, e cf. pp. 56-62.

(36) 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.º 22, pp. 667-668.

rápida e eficazmente através de sua atuação nesse sentido em foros internacionais como a Assembléia Geral da ONU (37).

VIRALLY observa pertinentemente que "não há, com efeito, nenhum exemplo na prática moderna em que reservas tenham sido feitas 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" (38).

Tem-se recentemente realçado um ponto comum aos dois problemas, o da prova do costume e o da aplicação ou não de normas costumeiras aos novos Estados, a saber, 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 recém-emancipados politicamente, 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 levará vantagem sobre seu oponente, independentemente da modalidade de solução pacífica da controvérsia (39).

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 multilaterais, resoluções da Assembléia Geral da ONU, resoluções de associações científicas como o *Institut de Droit International* e a *International Law Association* (40). 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) exerçam maior influência no desenvolvimento do direito costumeiro do que outros, não por ser sua prática

(37) Os novos Estados têm, efetivamente, feito largo uso da Assembléia Geral da ONU, 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.º 6, pp. 28-30; A. A. OANÇADO TRINDADE, "Desenvolvimentos Recentes no Direito Internacional Contemporâneo", 24 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (1976), pp. 123-158.

(38) MICHEL VIRALLY, "The Sources of International Law", *Manual of Public International Law* (ed. Max Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 138-139.

(39) MICHAEL AKENHURST, "Custom as a Source of International Law", 47 *British Year Book of International Law* (1974-1975) pp. 13-14 e 18-19.

(40) Cf. *ibid.*, p. 51.

“intrinsecamente mais importante” do que a dos demais, mas pela publicidade e divulgação que lhe são dadas (41).

Outro problema relativo ao costume internacional é o da criação mais ou menos “imediate” de normas costumeiras em áreas novas do direito internacional em que não havia regulamentação alguma anteriormente. Fornecem exemplo marcante as resoluções 1721 (XVI), 1802 (XVII), 1962 (XVIII) e 1963 (XIX) — particularmente a 1962 (XVIII) — da Assembléia Geral da ONU 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 matéria (42).

As resoluções 1721 (XVI), de 20 de dezembro de 1961, e 1962 (XVIII), de 13 de dezembro de 1963, são hoje aclamadas como o “capítulo inicial” do tratamento do direito espacial contemporâneo. Sabe-se, hoje, porém, que o “acordo” entre as duas superpotências — EUA e URSS — que possibilitou a adoção de tais resoluções não passou sem controvérsia: 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 conclusão de tratados de acordo com o direito constitucional norte-americano (43). Em artigo sobre a questão publicado em Nova Délhi, BIN CHENG sugeriu a imaginativa expressão, que hoje já se tornou célebre, “direito costumeiro imediato” (instant customary law), para a atividade regulamentadora acima mencionada (44).

Assim como GUGGENHEIM anteriormente propusera a rejeição do elemento subjetivo (*opinio juris*) do costume internacional, BIN CHENG, à luz dos desenvolvimentos no direito espacial, sugeria por outro lado que o direito internacional consuetudinário tinha na realidade apenas um elemento constitutivo, a *opinio juris*, pois é a prática geral aceita como de direito que fornece evidência da regra costumeira e não vice-versa. Como no plano internacional os Estados são até certo ponto criadores das normas que regem o convívio internacional, argumenta o autor, tais normas devem ser tidas por obrigatórias ainda que venham existindo por período de tempo bastante curto; da *opinio juris communis* adviria assim o “direito internacional costumeiro imediato”, e as resoluções da Assembléia-Geral da ONU, como a 1721 e a 1962 (tecnicamente não obrigatórias), desempenhariam a função de identi-

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

(42) 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* (1972) p. 525.

(43) BIN CHENG, *op. cit. infra* n.º 44, pp. 23-33.

(44) BIN CHENG, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, 3 *Indian Journal of International Law* (1965) pp. 23-48.

ficar a *opinio juris* latente dos Estados-Membros da ONU 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 de Haia nos casos *Lotus* e do *Asilo*, supra), pode não somente surgir “imediatamente” — como no caso das resoluções 1721 e 1962 —, como também se modificar em qualquer época (45).

A despeito de sua originalidade, tal construção vem muito recentemente sendo alvo de críticas. Segundo estas, resoluções da Assembleia Geral da ONU (como as citadas acima) não poderiam *per se* constituir-se em direito internacional costumeiro, pois, dado seu caráter recomendatório, não poderiam tornar-se obrigatórias aos Estados-Membros da ONU. Assim, a expressão “direito costumeiro imediato” mostrar-se-ia contraditória, e melhor seria concentrar em outros meios para explicar a influência de tais resoluções da ONU do que “falsificar o costume” para esse propósito (46). 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 *infra*.

### III. Os tratados internacionais

O crescimento impressionante somente da *United Nations Treaty Series* já seria suficiente para atestar a grande importância da utilização de tratados na prática internacional e das regras deles derivadas para o direito internacional contemporâneo; apenas na primeira década coberta pela UNTS, 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 registrados (47). Diferenças de enfoque surgem, no entanto, no tratamento dos tratados como “fonte” do direito internacional.

Enquanto alguns autores britânicos, por exemplo, tendem a manter que os tratados não são “fontes” do direito internacional mas sim fontes de obrigações (FITZMAURICE, PARRY), certos autores continentais discordam de tal ponto de vista (VERDROSS); em posição intermediária entre as escolas britânica e continental, MAARTEN BOS propõe, em estudo recente, que os tratados são “fontes” do direito internacional

(45) Sugere ainda BIN CHENG que, no caso das resoluções espaciais da ONU, tudo indicava que os Estados Unidos admitiam que um “direito costumeiro imediato” pudesse ser criado por meio de resoluções adotadas unanimemente pela Assembleia Geral da ONU. Mesmo assim, o autor acaba por admitir que, a longo prazo, o método convencional de se criar o Direito Internacional pela conclusão de tratados permanece o mais indicado ou apropriado, o mais certo e o menos controverso. Cf. BIN CHENG, *op. cit.* supra n.º 44, 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.

(46) MAARTEN BOS, *op. cit.*, supra n.º 3, pp. 27 e 68.

(47) Dados cit. int M. VIRALLY, *op. cit.*, supra n.º 38, p. 123.

desde que aumentem ou codifiquem o *corpus* de regras já existentes, e são fontes de obrigações quando, ao contrário, desempenham a função de um contrato no direito interno moderno (48).

Não caberia, em capítulo 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 de agosto de 1923), a Corte Permanente de Justiça Internacional 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 prevalecendo 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 legislativos ou executivos) (49).

Pode-se mesmo acrescentar que hoje a idéia de soberania não exerce influência de peso na *interpretação* de tratados (50), 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 absurdo (51).

(48) MAARTEN BOS, *op. cit.*, supra n.º 3, pp. 20-24.

(49) LORD McNAIR, "Treaties and Sovereignty", *Symbolae Verzijl* (présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXème anniversaire), Haia, M. Nijhoff, 1958, pp. 222-237; K. MAREK, *Répertoire...*, *op. cit.* supra n.º 28, pp. 623-674; ROBERTO AGO, "Third Report on State Responsibility", *Year book 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 Corte Permanente de Justiça Internacional 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, *op. cit.* supra n.º 28, pp. 623-674.

(50) Cf. as regras de interpretação contidas nos arts. 31-33 da Convenção de Viena, sobre 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* (1976) pp. 9-112.

(51) LORD McNAIR, *op. cit.* supra n.º 49, pp. 222-237, esp. pp. 236-237.

Voltando às observações iniciais deste estudo, é pertinente observar 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 tratados. 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*)<sup>(52)</sup>. Das oito partes e anexo componentes da 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, terminação e suspensão de aplicação de tratados, como refletindo o “desenvolvimento progressivo” do direito internacional<sup>(53)</sup>.

A Convenção de Viena 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 correntes da III Conferência da ONU sobre o Direito do Mar — como “fonte” do direito internacional<sup>(54)</sup>.

Somente tratados entre Estados recaem no âmbito da Convenção de Viena (art. 1º), o que é surpreendente depois de ter a Corte Internacional de Justiça estipulado, em 1949, no caso das *Reparações de Danos*, serem as organizações internacionais (no caso, a ONU) dotadas de personalidade jurídica no plano internacional. No transcorrer da

(52) 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, O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, pp. 202-227.

(53) Sobre a 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. 1 ss.; e cf. os preciosos comentários da Comissão de Direito Internacional da ONU, in: *International Law Commission Reports* (1966) pp. 10 ss.

(54) 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. Recentemente, 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 art. 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.

Conferência de Viena de 1968-1969, tal exclusão causou estranheza a muitas delegações <sup>(55)</sup>, tanto que o art. 3º da Convenção houve por bem acrescentar que a exclusão não prejudicaria o valor jurídico de acordos internacionais entre Estados e outros sujeitos de 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. Ao determinar que um acordo internacional deve ser regido pelo direito internacional (art. 2º), a Convenção de Viena 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 (art. 18 da Convenção), dispositivo este que decorre do princípio da boa fé <sup>(56)</sup>, aceito tanto na doutrina quanto na prática. A noção de "objeto e propósito" de um tratado, consagrada na Convenção, foi inicialmente introduzida pela Corte Internacional de Justiça em 1951 no caso das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio* <sup>(57)</sup>.

Foi este mesmo caso que marcou a passagem gradual, em matéria de reservas a tratados, da regra da unanimidade, prevalente antes de 1950, pela qual uma reserva a um tratado requeria sua aprovação expressa ou tácita por todos os Estados partes, ao teste da compatibilidade. Já em 1962 propunha a Comissão de Direito Internacional da ONU que a aceitação por outro Estado parte de uma reserva torna o Estado que formulou a reserva parte do tratado em relação ao Estado que a aceitou, a objeção por outro Estado parte de uma reserva impede a entrada em vigor do tratado entre o Estado que objeta e o que faz a reserva (a não ser que o Estado que objeta expresse intenção contrária), e um ato expressando o consentimento de um Estado em se ver obrigado por um tratado (e contendo uma reserva) é eficaz tão logo pelo menos outro Estado parte tenha aceito a reserva. De modo geral, a Convenção de Viena incorporou a flexível doutrina pan-americana sobre reservas, consoante tendência nesse sentido da prática internacional nas três últimas décadas <sup>(58)</sup>.

( 55) 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 art. 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.

( 56) 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, Bijthoff, 1977, pp. 47-55; ROGER PINTO, *Le droit des relations internationales*, Paris, Payot, 1972, pp. 127-134; BIN CHENG, *op. cit.* infra n.º 95, pp. 105-160.

( 57) S. ROSENNE, *op. cit.* supra n.º 52, p. 223.

( 58) I. M. SINCLAIR, "Vienna Conference on the Law of Treaties", 19 *International and Comparative Law Quarterly* (1970) pp. 47-69. Sobre a questão, cf. arts. 19 e 20 da Convenção de Viena.

É significativo que, na seção devotada à nulidade de tratados, tenha a Convenção de Viena incluído a coação como vício do consentimento (arts. 51-52). E os arts. 58 e 64 estabelecem a nulidade e terminação de tratados que estejam em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral <sup>(59)</sup> (*jus cogens*). Tais dispositivos podem servir de ilustração das polaridades de tensão entre o bilateralismo e os interesses gerais da chamada "comunidade internacional": a Convenção oscila constantemente entre ambos, pois, por exemplo, se por um lado se salienta o *jus cogens*, por outro lado é importante notar que a Convenção não adota a tese — tão defendida no passado por McNAIR <sup>(60)</sup> — de que um tratado poderia gerar um regime de caráter objetivo *erga omnes* em derrogação do princípio clássico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* <sup>(61)</sup>. Conforme observado por ROSENNE, no decorrer dos prolongados trabalhos preparatórios sobre a matéria da Comissão de Direito Internacional da ONU, pode-se constatar a presença da noção de *community interest*: primeiramente utilizada por YEPES em 1950, a idéia passou depois a aparecer no 1º relatório de BRIERLY (o primeiro relator), no 1º relatório de H. LAUTERPACHT (o segundo relator), ausentando-se dos relatórios de FITZMAURICE (o terceiro relator) para enfim ressurgir no 2º relatório de WALDOCK (o quarto e último relator sobre o tema) <sup>(62)</sup>.

A noção parece ter sido reconhecida pela Convenção de Viena como um todo, tornando, assim, possível que o direito que ela enuncia não venha a ser aplicado em base exclusivamente bilateralista: se isto vier realmente a ocorrer, os principais beneficiários serão "os Estados fracos e pequenos" <sup>(63)</sup>. Muito embora a Convenção de Viena ainda não esteja em vigor no momento presente, sua simples existência e o sucesso alcançado na Conferência de Viena representam um prêmio ao grande esforço intelectual dos membros da Comissão de Direito Internacional da ONU e um marco significativo no tormentoso processo histórico da codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional <sup>(64)</sup>.

Se, por um lado, a Convenção de Viena 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* <sup>(65)</sup>, i.e., de normas imperativas de direito interna-

( 59) Cf. também o art. 71 da Convenção.

( 60) Cf. A. D. McNAIR, *op. cit.*, supra n.º 9, pp. 23-36.

( 61) S. ROSENNE, *op. cit.*, supra n.º 52, p. 207; e cf. Ph. CAHIER, *op. cit.*, supra n.º 10, pp. 589-736.

( 62) Cf. S. ROSENNE, *op. cit.*, supra n.º 52, pp. 212-219.

( 63) *Ibid.*, pp. 226-227.

( 64) I. M. SINCLAIR, *op. cit.*, supra n.º 53, pp. 144-145.

( 65) Para um histórico do conceito, remontando ao antigo direito romano, mas ressurgindo principalmente a partir do século XIX, c. 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.

cional geral. Os *travaux préparatoires* da Convenção contêm algumas incertezas doutrinárias a respeito <sup>(66)</sup>, 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, voltando a surgir posteriormente no 2º relatório de WALDOCK <sup>(67)</sup>. Mesmo antes da Conferência de Viena, nos debates de 1963 e 1966 da Assembleia Geral da ONU (Sexta 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* <sup>(68)</sup>. Tanto depois quanto antes da adoção do conceito pela Convenção de Viena de 1969, abundante bibliografia especializada vinha florescendo no propósito de examinar e desenvolver a noção no contexto do direito internacional contemporâneo <sup>(69)</sup>, supe-

( 66) Parecendo indicar que o *jus cogens* pode ser estabelecido por tratados e/ou costume; M. AKEHURST, *op. cit.* supra n.º 8, pp. 281-285.

( 67) J. SZTUCKI, *op. cit.* supra n.º 65, pp. 104-105 e 108.

( 68) I. M. SINCLAIR, *op. cit.* supra n.º 58, pp. 66-69; I. M. SINCLAIR, *op. cit.* supra n.º 53, 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.º 53, 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 chamada 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.º 53, pp. 129-131.

( 69) 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. 1 ss.; E. SUY, "The Concept of Jus Cogens in Public International Law", *Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Lagonissi, Grécia, 3-8 de abril de 1966), Genebra, C.E.I.P., 1967, pp. 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 Etats 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, "Jus 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'Etudes de Droit International en Hommage à P. Guggenheim*, Genebra, I.U.H.E.I., 1968, pp. 426-459; M. SCHWEITZER, "Jus cogens im Völkerrecht", 15 *Archiv des Völkerrechts* (1971) pp. 197-223.

rando as previsões e comentários céticos de autores que se precipitaram inadvertidamente em juízos prematuros <sup>(70)</sup>.

Persiste, no entanto, mesmo em nossos dias, o problema central do conteúdo discernível do *jus cogens*. Comentário da Comissão de Direito Internacional da ONU já sugerira, como incompatíveis com as regras de *jus cogens*, tratados que contemplassem o uso ilícito da força (contrário aos princípios da Carta da ONU), ou qualquer outro ato criminoso sob o direito internacional (tráfico de escravos, pirataria, genocídio) <sup>(71)</sup>. E já em parecer de 1951, no caso das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*, a Corte Internacional de Justiça ressaltara que os princípios humanitários subjacentes àquela Convenção eram reconhecidamente "obrigatórios aos Estados, mesmo na ausência de qualquer obrigação convencional" <sup>(72)</sup>.

Mais recentemente, em celebrada passagem da decisão do caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), a Corte chegou ao ponto de afirmar 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 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 <sup>(73)</sup>. Assim, não deveria passar despercebido que, nos recentes casos dos *Testes Nucleares* (Austrália e Nova Zelândia *versus* França, 1973-1974), um dos Governos 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*

(70) A luz, e.g. das considerações anteriores e indicações bibliográficas da nota n.º 69, *supra*, é 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.º 53, p. 21). Acrescenta o autor que, muito embora os casos de nulidade dos acordos internacionais — expõem 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 fortes e eficazes que os demais (cf. *ibid.*, pp. 22 e 24); ora, seria altamente surpreendente se se passasse o contrário...

(71) Cit. in I. M. SINCLAIR, *op. cit.* *supra* n.º 53, pp. 121-122, e cf. pp. 130-131; cf. também relatos in S. P. A. FERRER, "Los conceptos *jus cogens* e *jus 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 *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission", 61 *American Journal of International Law* (1967) pp. 946-975.

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

(73) Julgamento de 5 de fevereiro de 1970, *ICJ Reports* (1970), p. 32, §§ 33-34 (ênfase nossa).

como os de outros territórios do Pacífico e também "os direitos de todos os membros da comunidade internacional, incluindo a Nova Zelândia, de que nenhum teste nuclear produzindo *fallout* radioativo fosse efetuado" (74).

Mesmo nos idos de 1927, no caso *Lotus* visto acima, o argumento endossado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, 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 caso (75) como de internacionalistas da época (76). 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 de 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" (77), bem diferente da de hoje (78), que testemunha o impasse nuclear, a crescente vulnerabilidade do Estado territorial, a multilateralização dos contatos internacionais e a intensificação e complexidade das relações transnacionais.

Nada impede que dispositivos de tratados venham a ingressar no *corpus* do direito internacional geral, isto é, venham a gerar regras do

(74) *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.

(75) Cf. voto dissidente do Julz LODER, C.P.J.I., caso *Lotus*, Série A, n.º 10, julgamento de 7 de setembro de 1927, p. 34 (tal concepção estava em desacordo com o "espírito do Direito Internacional").

(76) 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. 66-71 e 77.

(77) MAARTEN BOS, "Dominant Interests in International Law", 21 *Revista Española de Derecho Internacional* (1968) p. 234.

(78) 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, 283-284, e cf. p. 366. Sobre a questão da "mudança fundamental de circunstâncias" no direito os tratados contemporâneos (art. 62 da Convenção de Viena), cf., e.g., E. B. IMPALLOMENI, *Il Principio 'Rebus Sic Stantibus' nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, Milão, Giuffrè, 1974, pp. 1-50; e, anteriormente, e.g., O. J. LISSITZYN, "Treaties and Changed Circumstances (*Rebus Sic Stantibus*)", 61 *American Journal of International Law* (1967) pp. 895-922.

direito consuetudinário internacional. Tal possibilidade foi cautelosa-mente admitida pela própria Corte Internacional de Justiça, no mesmo ano da conclusão da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (79). Conforme relata um participante da Conferência de Viena, 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” (80).

Com efeito, os próprios arts. 3º e 4º da Convenção contêm a expressão “independentemente da Convenção” que, na explicação do *chairman* do Comitê de Redação da Conferência de Viena (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 (81). SINCLAIR destaca ainda, a esse respeito, a referência do art. 38 (infra) ao direito costumeiro internacional (podendo este ampliar a aplicação de regras convencionais), e o disposto no art. 43 acerca de obrigações impostas aos Estados pelo direito internacional independentemente de um tratado (82): 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 de formação do costume internacional (83) (supra).

A esse respeito, a advertência contida no art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é inequívoca, ao dispor expressamente que “nada nos arts. 30 a 33 (84) impedirá uma regra prevista em um

( 79) Em relação ao princípio da equidistância (para a delimitação de áreas da plataforma continental entre Estados adjacentes) consagrado no art. 6.º 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), julgamento de 20 de fevereiro de 1969, *ICJ Reports* (1969) p. 41.

( 80) Cit. in I. M. SINCLAIR, *op. cit. supra* n.º 53, pp. 9 e 11.

( 81) Cit. in *ibid.*, p. 8.

( 82) Dispõe o art. 43 da Convenção de Viena que “a nulidade, a terminação, 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”.

( 83) I. M. SINCLAIR, *op. cit. supra* n.º 53, 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.

( 84) Os arts. 31 a 33 versam sobre a interpretação de tratados, ao passo que o art. 30 diz respeito à aplicação de tratados sucessivos sobre o mesmo assunto.

tratado de tornar-se obrigatória para terceiros Estados como regras *consuetudinárias* de direito internacional, *reconhecidas como tais*" (86). 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 costumeiras (86).

Enfim, há que focalizar um aspecto relevante mas até hoje negligenciado, qual seja, a significação de certas convenções não ratificadas para a formação do costume internacional. Conforme observou EUSTATHIADES, os esforços contemporâneos 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 internacional (87). Ora, pode ocorrer que mesmo alguma das chamadas "convenções de codificação" (tais como, e.g., a própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, as Convenções de Genebra de 1958 sobre o Direito do Mar, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas 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 vigor.

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 (88). É inegável que uma "convenção de codificação" assinada e que não tenha entrado em vigor mas que tenha garantido um número substancial de ratificações significativas possa contribuir para a formação do costume internacional, e que uma regra nela incorporada possa sob certas condições tornar-se uma regra do direito internacional geral (89).

Invocando a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países Baixos,

( 85) (ênfase nossa). Esta última expressão, "reconhecidas como tais", requer uma referência às considerações que acima traçamos sobre a *opinio juris* como elemento componente do costume internacional (supra). A esse respeito, cf., e.g., as ponderações da Corte Internacional de Justiça no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte*, *ICJ Reports* (1969) p. 41, § 71.

( 86) M. AKEHURST, *op. cit.* supra n.º 39, p. 50.

( 87) C. TH. EUSTATHIADES, *Unratified Codification Conventions* (Gilberto Amado Memorial Lectures), Genebra, United Nations Publ., 1973, pp. 2 e 10.

( 88) Pode ocorrer que o Estado simplesmente não considere a ratificação tão urgente quanto certos problemas internos; cf. *ibid.*, pp. 3-4 e 7.

( 89) *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 adição às existentes, i.e. pelo fato de abranger igualmente as novas regras" (*ibid.*, p. 7).

v. República Federal da Alemanha, 1969), ponderou EUSTATHIADES que "no caso de uma convenção de codificação *lato 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" (80).

A propósito, vale ressaltar a rejeição categórica de FITZMAURICE da proposição de que o consentimento dos Estados seria a fonte última das regras do direito internacional: tal posição voluntarista-positivista é, a seu ver, contraditória e inconsistente, uma vez que o consentimento, externalizado por tratados ou pela prática dos Estados, é *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 jurídico (81).

#### IV. Os princípios gerais do direito

A inclusão dos princípios gerais do direito dentre as "fontes" do direito internacional consignadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Haia poderia ser explicada, conforme já indicado, por uma fundamentação jusnaturalista do direito internacional que, no entanto, corresponderia tão-somente 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 tratados (82).

Persistem, no entanto, diversas dúvidas e incertezas acerca do sentido dos princípios gerais do direito: para uns, a expressão diria respeito aos princípios de direito internacional propriamente dito, enquanto que para outros aos princípios dos direitos internos dos diversos Estados (83);

(80) *Ibid.*, p. 13.

(81) G. G. FITZMAURICE, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", *Symbolae Verzijl* (présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXème anniversaire), Haga, M. Nijhoff, 1958, pp. 162-167 e 175; por conseguinte, o consentimento "jamais poderá constituir a única fonte formal do direito internacional" (*ibid.*, p. 167). KAPLAN e KATZENBACH rejeitam 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 fleção usada para harmonizar a prática com a teoria"; M. A. KAPLAN e N. DE B. KATZENBACH, *op. cit.* supra n.º 78, p. 272.

(82) PAUL GUGGENHEIM, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1958) pp. 72-76 e 80-81.

(83) VIRALLY, por exemplo, advoga que os "princípios gerais do direito" derivam dos sistemas jurídicos nacionais, ou do direito interno em geral, ao passo que os "princípios do 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. MICHEL VIRALLY, *op. cit.* supra n.º 38, pp. 144-146.

para uns seriam princípios de direito natural, enquanto outros combatem tal posição; há ainda a referência aos princípios reconhecidos pelas chamadas "nações civilizadas" (94). Enquanto a linha divisória entre tratados e costumes é clara, nem sempre é tão fácil distinguir as regras costumeiras dos princípios gerais do direito (95).

Na verdade, controvérsias se fizeram presentes durante a própria redação do art. 38 do Estatuto da Corte de Haia em junho e julho de 1920. A Comissão Consultiva de Juristas, trabalhando na questão, tinha 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 ANZILOTTI o Secretário-Geral da Comissão (96). Os principais protagonistas do debate sobre os princípios gerais do direito foram o Barão DESCAMPS, Lord PHILLIMORE e Mr. 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 Mr. ROOT. (A expressão fora também utilizada por CLOVIS BEVILAQUA). Lord PHILLIMORE elaborou, juntamente com Mr. 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 doméstico* (ROOT), operou-se com a expressão "princípios gerais do direito" (97).

A expressão incorpora, no entanto, a tensão da polaridade entre o jusnaturalismo (os princípios universais de justiça objetiva) e o positivismo (a busca dos princípios de direito cristalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais) (98). É, porém, inegável que a expressão estabelece um claro liame entre o direito interno e o direito internacional (99). Mais recentemente se tem insistido em um estudo científico dos direitos

(94) D. W. GREIG, *op. cit. supra* n.º 6, p. 27, e cf. pp. 26-31; BIN CHENG, *op. cit. infra* n.º 95, pp. 2-8.

(95) BIN CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 23. Cf. também as observações críticas de OH. CHAUMONT, "Cours général de droit international public", 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1970) pp. 456-464.

(96) Cit. in BIN CHENG, *op. cit. supra* n.º 95, p. 6, n.º 19.

(97) P. GUGGENHEIM, *op. cit. supra* n.º 92, pp. 76-77; BIN CHENG, *op. cit. supra* n.º 95, pp. 6-21; MAARTEN BOS, *op. cit. supra* n.º 3, pp. 33-39.

(98) Uma confrontação das duas teses é visível pela comparação dos escritos de, e.g., TRUYOL (*op. cit. supra* n.º 7, pp. 141-143), de um lado, e GUGGENHEIM, enfático defensor da concepção positivista da expressão, de outro lado (*op. cit. supra* n.º 92, pp. 77-79).

(99) MAARTEN BOS, *op. cit. supra* n.º 3, pp. 33-39.

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 comparado <sup>(100)</sup>. Subsistem ainda, no entanto, algumas dificuldades, como a incerteza se um princípio geral do direito deve ser comum a todos os países ou a apenas a determinada maioria deles; AKEHURST sugere 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" <sup>(101)</sup>. Já a pretensão de dificuldade gerada pelo fato de não serem os princípios gerais do direito reconhecidos como "fonte" do direito internacional na União Soviética <sup>(102)</sup> não deveria ser exagerada, pois são eles reconhecidos como "fonte" do direito internacional em países como a China, a Hungria e a Iugoslávia <sup>(103)</sup>.

Já na década de cinquenta 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 outros <sup>(104)</sup>. Em relação aos princípios gerais do direito nos procedimentos judiciais, há que se mencionar um substancial estudo, sob os auspícios da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, da ONU, sobre a igualdade na administração da justiça, baseado em dados concernentes aos sistemas jurídicos internos de inúmeros Estados <sup>(105)</sup>. Vale, ademais, lembrar que o art. 38 da Corte Internacional, tal como adotado (isto é, contendo referências *inter alia* ao costume e aos princípios gerais do direito), vem, 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

(100) 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. G. Green, "Comparative Law as a 'Source' of International Law", 42 *Tulane Law Review* (1967) pp. 52-66.

(101) M. AKEHURST, *op. cit. supra* n.º 100, pp. 824 e 820.

(102) *Ibid.*, pp. 815-816; e cf. observações críticas de G. I. TUNKIN, *Droit International Public — Problèmes Théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 119-127.

(103) M. AKEHURST, *op. cit. supra* n.º 100, 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*.

(104) Cf. BIN CHENG, *op. cit. supra* n.º 95, pp. 25-26 e seguintes; cf. também M. VIRALLY, *op. cit. supra* n.º 38, p. 148; G. DE B. M. BOSON, *op. cit. supra* n.º 25, p. 27.

(105) Cf. M. A. ABU RANNAT, *Study of Equality in the Administration of Justice*, N. Y., United Nations, 1972, pp. 1-270.

jurídicos internos, o direito internacional contém um certo número de princípios não formulados" (106).

#### V. 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 Corte Internacional de Justiça, por exemplo, podem conter um reconhecimento judicial, ou mesmo proceder à aplicação de um costume geral — como nos casos do *Lotus* (1927), do *Wimbledon* (1923), do *Canal de Corfu* (1947), das *Reservas à Convenção sobre 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) (107).

Há que se observar, no entanto, que os tribunais de onde emanam as "decisões judiciais" aqui consideradas compreendem não apenas os tribunais internacionais, mas também os administrativos internacionais e os internos (108). Não se poderia deixar de considerar estes últimos, conforme acentua o estudo de FALK, dada a ênfase "horizontal" do ordenamento jurídico internacional, de estrutura descentralizada, e em que são chamados a exercer importante função os tribunais nacionais, na área em que as ordens jurídicas nacional e internacional interagem (109).

Muito embora não fizesse a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça referência expressa alguma a qualquer norma costumeira baseada na atividade dos tribunais internos, já na década de cinquenta houve juízes que se anteciparam, referindo-se a essa questão em votos

(106) BING CHENG, *op. cit.* supra n.º 95, 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.º 78, p. 281. M. BOS sugere que "fontes" não escritas do direito internacional, como os princípios gerais do direito e o costume, prestam-se mais à dedução, ao passo que "fontes" escritas, como os tratados, certas decisões judiciais, e algumas decisões, de organizações internacionais, prestam-se mais à indução. MAARTEN BOS, *op. cit.* infra n.º 3, p. 76.

(107) Cit. in A. A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, 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.

(108) D. W. GREIG, *op. cit.* supra n.º 6, pp. 31-39. Para um estudo recente 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.

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

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 judiciários internos<sup>(110)</sup>. Estes últimos podem, com efeito, em muito facilitar a operação do próprio direito internacional (em âmbito nacional)<sup>(111)</sup>.

Há mesmo quem sugira que talvez a contribuição mais significativa dos tribunais internacionais nos últimos 180 anos 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 estabeleceram-se *standards* pelos tribunais internos em inúmeros países, particularmente em relação aos direitos básicos à vida e à liberdade pessoal<sup>(112)</sup>. Vê-se nessa área uma interação significativa das atividades 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 internacional<sup>(113)</sup>. Há, aqui, um campo fértil de estudos aberto aos pesquisadores, como 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 internos<sup>(114)</sup>. Controvérsias acerca da suposta "primazia" de uma, ou

(110) Cf. *ICJ 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; acrescenta o autor que, mesmo à luz da jurisprudência anterior da OPJI, assim como da doutrina, é possível e viável a criação de regras costumeiras por meio da jurisprudência interna (nacional).

(111) F. MORGENSTERN, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", *27 British Year Book of International Law* (1950) p. 90.

(112) 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, mais recentemente, 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.

(113) C. H. SCHREUER, "The Authority of International Judicial Practice in Domestic Courts", *23 International and Comparative Law Quarterly* (1974) p. 698; e cf. C. H. SCHREUER, "The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts", *24 International and Comparative Law Quarterly* (1975) pp. 180-183.

(114) 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.

outra, ordem jurídica — a nacional e a internacional —, tornam-se, assim, supérfluas. Por esse novo enfoque pode-se evitar o antagonismo irreconciliável e ocioso entre as duas posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas premissas.

## VI. Valor da doutrina

O próprio art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça cuida-se de indicar 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” (115). Talvez a influência dos autores tenha sido mais marcante na época de formação do direito internacional do que em nossos dias (116), a exemplo dos clássicos (117). Muito embora ocupe a doutrina hoje posição relativamente modesta dentre as “fontes” do direito internacional, não se deve, no entanto, negligenciá-la.

Em alguns casos raros, um ou outro autor logrou influenciar a própria evolução do direito internacional em áreas específicas, como é o caso da sistematização de BORCHARD de vasto material, antes de sua obra desordenado, acerca da proteção diplomática de cidadãos no exterior (118). 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 GIDEL começar a escrever sobre tais reivindicações (119), “foi GIDEL quem produziu o conceito de zona contígua como base para discussão acerca da validade de tais reivindicações” (120).

Uma característica da doutrina, que pode não raro ser tida como uma limitação, é o fato de refletir as percepções do direito internacional prevalecentes em 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 idioma (121). Acrescenta-se o risco de um abordamento dogmático e autoritário, e portanto irrealista e inadequado, da disciplina. Certamente sempre haverá varia-

(115) Artigo 38(1) (d) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

(116) Cf., nesse sentido, M. AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, 2.<sup>a</sup> ed., London, G. Allen & Unwin, 1971, p. 55.

(117) E.g., *inter alia*, HUGONIS GROTIJ, *De Jure Belli ac Pacis* (ed. B. M. Telders), The Hague, M. Nijhoff, ed. 1948, pp. 1-195.

(118) E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, N.Y., Bank Law Publ. Co., 1918, pp. 1 ss.; e cf. ponderações a respeito in CLIVE PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, University Press Oceana, 1965, p. 107.

(119) Cf. GILBERT GIDEL, *Le Droit International Public de la Mer*, 3 vols. Châteauroux, Mel-lottée, 1932-1934.

(120) M. AKEHURST, *op. cit.* supra n.º 116, pp. 55-56.

(121) *Ibid.*, pp. 55-56, também para exemplos.

ções 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 idiossincrasias, que nem sempre refletem com fidelidade as regras do convívio internacional.

Recentemente, em 1977, sugeriu MAARTEN BOS que a importância dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU talvez transcenda a da doutrina, 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 quase diplomático, realista, não distanciado das chancelarias e dos órgãos políticos da ONU e de outras organizações internacionais <sup>(122)</sup>.

Tal composição atual da Comissão 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 demasiadamente pessoais, raramente se prestaram ao uso dos Governos, o que acarretou uma crescente “politização” da Comissão. Hoje encontra-se 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” <sup>(123)</sup>. Daí resulta que o atual trabalho da Comissão de Direito Internacional apresenta, na feliz observação de JENNINGS, uma certa confrontação em nível científico dos interesses variados de diferentes Estados <sup>(124)</sup>.

Ainda na mesma linha de trabalhos conjuntos ou de equipe, cabe citar as obras de associações científicas internacionais, como os renomados *Institut de Droit International* e *International Law Association*, cujos *anúários* e *relatórios*, respectivamente, constituem um manancial precioso de ensinamentos que permitem acompanhar a evolução da doutrina sobre determinados temas de direito internacional <sup>(124a)</sup>.

## VII. O elemento de equidade

No decorrer do trabalho de redação, em 1920, do art. 38 do Estatuto da Corte de Haia, a Comissão Consultiva de Juristas (cf. supra) concebeu a função da equidade como sendo bastante restrita, só devendo se

(122) M. BOS, *op. cit.* supra n.º 3, p. 64.

(123) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit.* supra n.º 100, p. 275.

(124) R. Y. JENNINGS, “Recent Developments in the International Law Commission: Ist Relation to the Sources of International Law”, 13 *International and Comparative Law Quarterly* (1964) p. 390.

(124.<sup>a</sup>) Cf.: Institut de Droit International, *Livre du Centenaire 1873-1973 Evolution 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* (1973) pp. 211-259; International Law Association, *The Present State of International Law, 1873-1973* Kluwer, Deventer, 1973, pp. 3-392.

aplicar se autorizada pelas partes; na ocasião, um dos membros da Comissão, Mr. ROOT, advertiu a respeito que a futura Corte não deveria ter o poder de legislar (125). Com efeito, a noção de equidade, que pelo § 2º do art. 38 do Estatuto da Corte ocupa posição tão-somente secundária dentre as “fontes” do direito internacional, sempre foi acompanhada de dúvidas e incertezas (126). O art. 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 encontra-se dividida até mesmo no que tange às relações entre a equidade e as demais “fontes” do direito internacional consagradas no art. 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” (127).

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 admite-se que essas três funções possam até certo ponto mesmo fundir-se entre si. A doutrina concorda em que a equidade *contra legem* não poderia aplicar-se na ausência de uma autorização expressa nesse sentido (como no art. 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 fronteiriças (128).

Recentemente tem-se 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 tra-

(125) MAX SORENSSEN, *op. cit. supra* n.º 5, pp. 28-33.

(126) Sobre tais incertezas e divergências, cf. e.g., CHARLES ROUSSEAU, *Droit International Public*, vol. I, Paris, Sirey, 1970, pp. 400-405.

(127) CHARLES DE VISSCHER, *De l'Equité dans le Règlement Arbitral ou Judiciaire des Litiges de Droit International Public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 6-7.

(128) M. AKEHURST, “Equity and General Principles of Law”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 801-813; CH. DE VISSCHER, *op. cit. supra* n.º 127, 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 do Juiz G. FITZMAURICE, *ICJ Reports* (1970) pp. 84-86.

tados (aplicáveis ou não), de princípios gerais do direito ou de decisões arbitrais anteriores (129). 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 judiciária das regras às circunstâncias dos casos concretos” (130).

Com efeito, têm-se recentemente invocado tanto a equidade quanto os princípios gerais do direito (131-132) 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 proteção (133); os princípios gerais do direito, no reconhecimento de certos direitos fundamentais consagrados tanto no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU quanto em algumas constituições nacionais e conseqüente rejeição do voluntarismo positivista (134).

HJERTONSSON vislumbra, no julgamento de 1969 da Corte Internacional de Justiça 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” (135). 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) (136).

### VIII. A questão dos atos jurídicos unilaterais

Dada a descentralização do ordenamento jurídico internacional, em que coexistem em regime de coordenação entidades politicamente organizadas como os Estados, não é de se surpreender que os atos unilaterais

(129) M. AKKHURST, *op. cit. supra* n.º 128, pp. 811-812, CH. DE VISSCHER, *op. cit. supra* n.º 127, p. 4.

(130) CH. DE VISSCHER, *op. cit. supra* n.º 127, p. 9.

(131) B. G. RAMCHARAN, “Equity in the International Law of Human Rights”, 5 *Dalhousie Law Journal* (1979) pp. 45-72.

(132) 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.

(133) B. G. RAMCHARAN, *op. cit. supra* n.º 131, pp. 52, 59 e 65-66.

(134) N. K. HEVENER e S. A. MOSHER, *op. cit. supra* n.º 132, pp. 596-597, 601, 603-604 e 612-613.

(135) KARIN HJERTONSSON, *The New Law of the Sea — Influence of the Latin American States on Recent Developments of the Law of the Sea*, Leiden/Stockholm, Sijthoff/Nors-tedts, 1973, p. 166, e cf. pp. 163-168; sobre o costume e o direito do mar em geral, cf. *ibid.*, pp. 117-175.

(136) Cf. *ICJ Reports* (1969) p. 54.

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 internacional<sup>(137)</sup>, a que já nos referimos no início do presente estudo. 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 jurídico<sup>(138)</sup>.

Para SUY, seria demasiado rígido e formalístico sustentar que só os tratados e convenções gerassem compromissos obrigatórios para os Estados; o mesmo pode ocorrer com os atos unilaterais, que contribuem para a formação do costume e favorecem 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 México<sup>(139)</sup>.

Há autores que são categóricos em afirmar que o ato unilateral pode gerar costume e de fato constitui-se em fonte do direito internacional<sup>(140)</sup>, assim como há os que concordam com tal assertiva mas com certas reservas<sup>(141)</sup>. Mesmo a enumeração, acima, 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 frequentemente um ato unilateral<sup>(142)</sup>, mas não obstante ocupa uma “posição

(137) G. VENTURINI, “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats”, 112 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1964) pp. 387-388, 391 e 400-401.

(138) ERIK SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 44.

(139) E. SUY, *op. cit.* supra n.º 138, pp. 1-290.

(140) *Cf.*, e.g., CH. ROUSSEAU, *op. cit.* supra n.º 126, vol. I, pp. 416-418.

(141) E.g., os atos unilaterais, produzindo efeitos jurídicos mediante a aquiescência de outros Estados, atuam como fonte quando determinada norma internacional lhes atribua tal conseqüência (de criar situações objetivas e obrigatórias); A. MIAJA 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 observa que os atos unilaterais dos Estados são muito frequentemente considerados no direito internacional “no contexto de outras fontes daquele direito, a saber, o costume e os tratados”; M. VIRALLY, *op. cit.* supra n.º 38, p. 155. *Cf.* também as ponderações críticas de CH. CHAUMONT, *op. cit.* supra n.º 95, pp. 464-469.

(142) CH. ROUSSEAU, *op. cit.* supra n.º 126, vol. I, p. 426.

peculiar" no quadro geral das declarações unilaterais no direito internacional (143).

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, ou melhor, na apreciação por parte de um Estado da efetividade em determinada situação, aceitando todas as conseqüências decorrentes para si de tal ato (144). Por outro lado, o não-reconhecimento é também utilizado na prática para tentar impedir que uma situação de fato produza efeitos jurídicos (145).

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 preestabelecidas (146). 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 ela 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 exagero condicionar a própria configuração da personalidade internacional de um novo Estado e dos direitos e deveres concomitantes à vontade soberana dos Estados que o reconhecem, já estabelecidos; estamos aqui diante de um excesso do positivismo voluntarista radical, hoje ultrapassado, que pretendia há algu-

(143) A. P. RUBIN, "The International Legal Effects of Unilateral Declarations", 71 *American Journal of International Law* (1977) p. 5. Argumenta o autor que, em sua recente decisão no caso dos Testes Nucleares (Austrália e Nova Zelândia versus França, 1974), a Corte Internacional de Justiça 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 art. 38 de seu Estatuto (e declarações unilaterais permanecem excluídas do art. 38); cf. *ibid.*, pp. 1-30.

(144) ERIK SUY, *op. cit.* supra n.º 138, pp. 189-214; P. REUTER, *Institutions internationales*, 6.ª ed., Paris, P.U.F. 1969, pp. 120-128.

(145) Cf. exemplos in, e.g., ALF ROSS, *A Textbook of International Law — General Part*, London, Longmans, 1947, pp. 118-122; O. A. COLLIARD, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 1956 pp. 195-208; e cf. E. SUY, *op. cit.* supra n.º 138, pp. 189-214.

(146) Cf., a respeito, o estudo de KRYSZYNA MAREK, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2.ª ed. Genève, Droz, 1968, pp. 1-619; e cf. também J. VERHOEVEN, "L'Etat et l'ordre juridique international — remarques", 82 *Revue Générale de Droit International Public* (1978) pp. 749-774; JAMES 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'Etat dans l'ordre international", 73 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1948) pp. 213-219; JAMES CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 3-423.

mas décadas que a vontade arbitrária dos Estados constituísse fonte não apenas de alguns de seus direitos mas também de sua própria existência (147).

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 Estado (148); 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 Tcheco-Eslováquia às vésperas da invasão alemã de 15 de março de 1939, e a proclamação da União Soviética da extinção da Polônia antes da invasão soviética daquele país de 17 de setembro de 1939 (149).

As considerações acima 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 internacionais (150). A favor desta segunda posição tem-se ressaltado a inclusão dos "princípios gerais do direito" dentre as fontes do direito internacional enumeradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. (151).

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 internacional (152). Tudo isto demonstra que a determinação das condições de 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 voluntarís-

(147) H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, University Press, 1947, pp. 2, 51, 59, 62-63, 75 e 77.

(148) TI-CHIANG CHEN, *The International Law of Recognition*, London, Stevens, 1951, pp. 40-42.

(149) K. MAREK, *op. cit. supra* n.º 146, pp. 146 e 148-149, e cf. também pp. 149-150; T. CH. CHEN, *op. cit. supra* n.º 148, pp. 33-38.

(150) T. CH. CHEN, *op. cit. supra* n.º 148, p. 3; K. MAREK, *op. cit. supra* n.º 146, 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.

(151) T. CH. CHEN, *op. cit. supra* n.º 148, pp. 28-29.

(152) K. MAREK, *op. cit. supra* n.º 146, pp. 142-144; T. CH. CHEN, *op. cit. supra* n.º 148, pp. 33-38; J. CRAWFORD, "The Criteria...", *op. cit. supra* n.º 146, pp. 93ss.; e cf. A. J. J. TAMMES, "The Legal System as a Source of International Law", 1 *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1954) pp. 374-384.

ta, 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* <sup>(153)</sup>.

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 internacional <sup>(154)</sup> (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 internacionais <sup>(155)</sup>.

No direito do mar, por exemplo, há que ressaltar-se que as noções de zona contígua, mar territorial (seguido do mar patrimonial e mais recentemente 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 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 também 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 territorial <sup>(156)</sup>. No momento presente, no entanto, seria mais prudente aguardar os resultados da corrente III Conferência da ONU sobre Direito do Mar, com atenção voltada a conceitos emergentes que parecem refletir um consenso mais generalizado, como o de zona econômica exclusiva.

Alguns autores têm tentado abordar os atos unilaterais dos Estados e os atos das organizações internacionais conjuntamente <sup>(157)</sup>. Parece-nos, no entanto, que tal procedimento pode dar margem a algumas in-

(153) J. CRAWFORD, “The Criteria...”, *op. cit.* supra n.º 146, pp. 93-182; K. MAREK, *op. cit.* supra n.º 146, pp. 160 e 158; T. CH. CHEN, *op. cit.* supra n.º 148, pp. 55 e 63.

(154) 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.

(155) *Cf.*, e.g. A. P. RUBIN, *op. cit.* supra n.º 143, p. 27.

(156) 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. HJERTONSSON, *op. cit.* supra n.º 135, pp. 7-179.

certezas, e que seria talvez mais apropriado procedermos a um exame dos atos das organizações internacionais separadamente do estudo dos atos unilaterais dos Estados.

### IX. A questão das resoluções das organizações internacionais

As três 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 da ONU, 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” (158). Já em 1937, 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” (159).

Mais recentemente observou-se, na mesma linha de pensamento, que só se poderia negar à prática das organizações internacionais a capacidade de contribuir para a formação do costume (160) com base em uma concepção tradicional e “estritamente voluntarista” do direito internacional que mantivesse o monopólio da vontade tão-somente dos Estados para a criação do direito internacional (161); ora, quando pouco seria “paradoxal reconhecer às organizações o poder de concluir acordos

(157) Cf. J. DEHAUSSY, *op. cit.* supra n.º 154, pp. 45, 53-54 e 59-61; A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.* supra n.º 141, pp. 431-434.

(158) Cit. in *Yearbook of the International Law Commission* (1956) — II, p. 108; a definição foi proposta por G. G. FITZMAURICE, *rapporteur* de direito dos tratados.

(159) LAZARE 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 extralegais sempre presentes, é o costume não obstante mais adequado às relações internacionais do que a regulamentação legislativa (*ibid.*, p. 151).

(160) Sobre tal capacidade, declarou o Juiz AMMOON, em sua explicação de voto no caso da *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.

(161) M. VIRALLY, *op. cit.* supra n.º 38, p. 139.

(162) e simultaneamente negar-lhes toda capacidade de contribuir para a formação do costume" (163).

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 naturais (164).

Tal método de cristalização de novos conceitos e princípios gerais, 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 art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça —, principalmente na regulamentação das relações entre Estados em diferentes graus de desenvolvimento econômico (165). Na prática cada órgão internacional, no exercício normal de suas funções, tem procedido à determinação da chamada "constitucionalidade" de seus próprios atos, e a própria prática do órgão tem-se tornado fator decisivo para a determinação do âmbito legal de suas funções específicas (166). Com efeito, um exame meticoloso da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça sobre a matéria revela que ao órgão judicial da ONU 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 internacionais (167).

É possível identificar certos fatores que afetam a significação das resoluções adotadas pelas organizações internacionais. Pode-se, de início, investigar, pelas circunstâncias da decisão, 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

(162) 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; BADE KASME, *la capacité de l'Organisation des Nations Unies de Conclure des Traités*, Paris, LGDJ, 1960, pp. 49-62.

(163) M. VIRALLY, *op. cit. supra* n.º 38, p. 139.

(164) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n.º 37, pp. 123-158.

(165) Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, *Les Résolutions dans la Formation du Droit International du Développement*, Genève, 1971, pp. 5-19.

(166) JORGE CASTAÑEDA, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, N. Y., Columbia University Press, 1969, pp. 1-16.

(167) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n.º 37, pp. 123-133.

nas declarações da Assembléia Geral da ONU 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 novo processo decisório e método de se estender o direito internacional a novas áreas (e.g., os trabalhos da UNCTAD, a corrente III Conferência da ONU sobre Direito do Mar, os trabalhos preparatórios da Conferência da ONU de 1974 sobre População, os trabalhos do Comitê Consultivo da ONU sobre Usos Pacíficos da Energia Atômica, dentre outras)<sup>(168)</sup>, como é o caso das declarações da Assembléia Geral da ONU sobre os Princípios Jurídicos Regendo as Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico (1961 e 1963). No exame dos *travaux préparatoires* precedendo a 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 da ONU sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960) e a Declaração da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1963, seguida, três anos depois, da Convenção da ONU sobre a matéria)<sup>(169)</sup>.

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* (arts. 10 a 14 da Carta da ONU) e as *decisões do Conselho de Segurança* (art. 25), uma vez que estas últimas, a contrário das primeiras, têm efeito mandatório<sup>(170)</sup>.

(168) 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" *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", *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.

(169) 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.

(170) F. A. VALLAT, "The Competence of the United Nations General Assembly", 97 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1959) pp. 207/287; muito embora as recomendações da Assembléia Geral da ONU 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.

Somente nas duas décadas, estendendo-se de 1946 a 1966, a Assembléia Geral da ONU votara mais de 2.000 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 nos referimos a resoluções contendo *declarações* ou pronunciamentos de ordem geral. Esse tipo de resoluções vem suprir uma insuficiência básica da chamada sociedade 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 criado <sup>(171)</sup>.

Tais declarações de princípios gerais tiveram capital importância no desenvolvimento do sistema interamericano (e.g., proibição de guerras de conquista, 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 OEA <sup>(172)</sup>.

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 solucionar problemas organizacionais do sistema interamericano nascente (e.g., criação de órgãos permanentes, de regras processuais etc.), antes mesmo da criação da OEA e sua carta constitutiva em que basear a força obrigatória das resoluções. Exemplo ilustrativo foi o da resolução da Conferência Interamericana do México, de 1945, intitulada "Reorganização, Consolidação e Fortalecimento do Sistema Interamericano" <sup>(173)</sup>.

Certas resoluções determinam a existência de fatos ou situações legais concretas. É intuitivo que são elas válidas somente em relação a cada caso concreto. Por exemplo: a determinação, pela Assembléia Geral da ONU, de que a África do Sul não obedecera aos preceitos do mandato sobre a África do Sudoeste (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 da ONU, a saber, no caso, o autogoverno ou independência do povo do território da Namíbia <sup>(174)</sup>.

As únicas decisões realmente *mandatórias*, além das decisões do Conselho de Segurança sob o art. 25 da Carta da ONU, a que já nos referimos, são as resoluções relativas à estrutura *interna* do organismo in-

(171) J. CASTANEDA, *op. cit. supra* n.º 166, pp. 165-196.

(172) *Ibid.*, pp. 177-180.

(173) *Ibid.*, pp. 150-164.

(174) *Ibid.*, pp. 117-138.

ternacional. Há, na ONU, questões internas sobre as quais se tomam decisões *mandatórias* pela ação conjunta da Assembléia Geral com recomendação prévia positiva do Conselho de Segurança, a saber: admissão, suspensão e expulsão de membros da ONU, e nomeação do Secretário-Geral (175).

É significativo observar que, nos últimos anos, a questão da natureza jurídica e efeitos das resoluções das organizações internacionais tem gerado considerável literatura especializada, não raro vinculando a questão ao problema das "fontes" do direito internacional (176). Ao favorecer o desenvolvimento de *standards* de comportamento internacional, tais resoluções têm contribuído para moldar o direito internacional costumeiro e para cristalizar, a longo prazo, os princípios gerais emergentes do direito internacional (177). 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

---

(175) *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. JENKIS, *op. cit.* supra n.º 168, pp. 48-63. R. Y. JENNINGS, "General Course on Principles of International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1967) pp. 592-595; A. EL-ERIAN, "The Legal Organization of International Society", *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, MacMillan, 1968, pp. 90-92 e 96-100; 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.

(176) 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* (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 Formation du Droit International du Développement*, 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. 196(274); JORGE CASTAÑEDA, "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", 129 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1970) pp. 205-332.

(177) E. HAMBRO, "Some Notes on Parliamentary Diplomacy", *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* (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.

do direito”, além de fornecerem indicações sobre a *opinio juris* da chamada “comunidade jurídica” internacional <sup>(178)</sup>.

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 multilateral <sup>(179)</sup>, a que já nos referimos supra. Em recente estudo a respeito, observa ERIK 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” <sup>(180)</sup>. É este um elemento que deve-se sempre ter em mente, à luz da consideração inicial do presente estudo de que todo o capítulo das “fontes” do direito internacional poderia ser estudado com a atenção voltada ao problema fundamental do *consentimento* no direito internacional (cf. supra).

É natural que a crescente complexidade da atuação dos organismos internacionais torne mais visíveis os focos de tensão entre o sistema jurídico internacional <sup>(181)</sup> contemporâneo e os pressupostos tradicionais do sistema interestatal. Essa tensão se faz hoje presente em diversas áreas do direito internacional, conforme já se ressaltou em relação até mesmo ao direito dos tratados (cf. supra). Na própria Carta da ONU encontram-se normas orientadas ao sistema internacional e normas voltadas para os Estados <sup>(182)</sup>.

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

---

(178) 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.

(179) 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 Internationales Recht/Annuaire Suisse de Droit International* (1975) pp. 31-51; e, anteriormente, H. ROLIN, “De la volonté générale dans les organisations internationales”, *La Technique et les Principes du Droit Public — Etudes en l’Honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 553-564.

(180) ERIK SUY, “The Meaning of Consensus in Multilateral Diplomacy”, *Declarations on Principles, A Quest for Universal Peace — Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Röling*, Leyden, Sijthoff, 1977, p. 272.

(181) Cf. A. J. P. TAMMES, *op. cit.* supra n.º 152, 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* (1964) pp. 9-81.

(182) W. D. COPLIN, “International Law and Assumptions about the State System”, 17 *World Politics* (1965) p. 627 n.º 43.

*opinio juris* (183). Ademais, as organizações internacionais têm às vezes se encarregado da realização de trabalhos preparatórios conducentes à conclusão de tratados (e.g., a atuação da Comissão de Direito Internacional da ONU); os textos adotados nas conferências gerais têm bastante peso, mesmo para os Estados que não os ratificaram, a exemplo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. 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 convenções (184) (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 enumeradas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A grande maioria dessas resoluções diz respeito ao direito interno ou próprio das organizações internacionais, voltando-se menos freqüentemente aos Estados-Membros (185). 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 contemporâneo (186).

E, o que é ainda mais significativo, o silêncio do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça acerca das resoluções das organizações internacionais "não tem impedido a Corte de aplicar o direito interno de algumas organizações internacionais": SKUBISZEWSKI relembra, a esse respeito, três pareceres da Corte no período 1954-1962 (187). Mais recentemente, 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

(183) H. BOKOR-SZEGÓ, "The Contribution of International Organizations to the Formation of the Norms of International Law", *Questions of International Law* (ed. Hungarian Branch of the International Law Association), Budapeste, Progresprint, 1971, pp. 20-21.

(184) *Ibid.*, pp. 21-22, 25 e 27. — Também LACHS advoga 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", *Mélanges Offerts à Henri Rolin-Problèmes de Droit des Gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 168-169, e cf. pp. 157-170.

(185) K. SKUBISZEWSKI, "A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organizations", *Recueil d'Etudes 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, por exemplo, cf. 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.

(186) K. SKUBISZEWSKI, *op. cit.* supra n.º 185, pp. 518-520, e referências.

(187) Pareceres sobre: *Efeito das Sentenças de Compensação do Tribunal Administrativo da ONU* (1954), *Julgamentos do Tribunal Administrativo da OIT de Reclamações feitas contra a UNESCO* (1956), *Certas Despesas das Nações Unidas* (1962), cit. in *ibid.*, p. 520 e n.º 43.

vida internacional, favorável a se atribuir às resoluções, e particularmente às declarações da Assembléia Geral da ONU, o caráter de onte pelo menos subsidiária ou auxiliar do direito internacional, a ser acrescentada às fontes clássicas do art. 38 do Estatuto da Corte" (188). 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" (189).

Enfim, a própria Corte Internacional de Justiça, em várias passagens de seu parecer de 16 de outubro de 1975 sobre o caso do *Sahara Ocidental*, considerou e discutiu em detalhes algumas resoluções da Assembléia Geral da ONU, no contexto da descolonização e autodeterminação dos povos (190). Anteriormente, a própria Assembléia Geral da ONU, em sua Resolução nº 3.232 (XXIX), de 22 de novembro de 1970, acerca da revisão da função da Corte Internacional de Justiça, também esposou a tese de que "o desenvolvimento do direito 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" (191). É o que tem ocorrido na prática.

Assim, outra não poderia ser a conclusão senão a de considerarmos incompleto, nos dias de hoje, o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 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 classificação (192).

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 fé (193). Ainda mais significati-

(188) Explicação de voto do Juiz AMMOUN, caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase), *ICJ Reports* (1970) p. 302.

(189) *Ibid.*, p. 303.

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

(191) Cit. in Ch. SCHREUER, "Recommendations and the Traditional Sources of International Law", 20 *German Yearbook of International Law* (1977) p. 112 e n.º 42.

(192) Nesse sentido, Ch. SCHREUER, *op. cit.* supra 191, p. 114, e cf. pp. 103-118; H. BOKOR-SZEGÓ, *op. cit.* supra n.º 183, p. 26.

(193) Conforme acentuado pelo próprio SCHREUER, in *op. cit.* supra n.º 191, 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.

vamente, 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 art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Tais categorias continuam a gerar controvérsias, mesmo na atualidade. As incertezas que ainda pairam sobre as resoluções das organizações internacionais não nos parecem, portanto, suficientemente fortes de modo a justificar sua continuada exclusão do art. 38 do Estatuto da Corte. Tais resoluções não mais podem ser ignoradas ou negligenciadas. E não há aparentemente obstáculo lógico algum à inserção de uma cláusula detalhada reconhecendo-as 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 eventualmente a se desenvolver e constituir em um sistema jurídico separado<sup>(194)</sup> ou próprio<sup>(195)</sup>, sob rubrica distinta da do direito internacional público, como por exemplo parece sugerir o título da obra de SCHERMERS<sup>(196)</sup>.

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 adoção<sup>(197)</sup>.

(194) RALPH ZACKLIN, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*, Leyden, Sijhoff, 1968, p. 199.

(195) Cf. C. W. JENKS, *The Proper Law of International Organizations*, London, Stevens/Oceana, 1962, pp. 188.

(196) H. G. SCHERMERS, *International Institutional Law*, vol. I, Leyden, Sijhoff, 1972, pp. 188.

(197) 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 sugere 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.