

Thiago José Zanini Godinho

Elementos de
Direito Internacional
Público e Privado

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2010

2

Fontes do Direito Internacional

Todo sistema jurídico designa um conjunto coordenado de normas dotadas de força obrigatória com relação a determinados sujeitos e cujo desrespeito leva a certas consequências jurídicas. Hart distingue dois tipos de regras inerentes a todo sistema jurídico. As primárias, que prescrevem condutas, de ordem substancial, e as regras secundárias, de ordem processual, que definem as modalidades pelas quais as regras primárias podem ser adotadas. Antes, nos interessaremos aqui em outra distinção, aquela de fontes formais e fontes materiais do Direito Internacional Público, relacionadas com a criação do direito positivo.

2.1 Rol das fontes do Direito Internacional Público

O conceito de fonte é fundamental no direito, pois indica de onde vêm as regras aplicáveis. Igualmente, devemos entender qual é a origem das normas que regulam as relações entre os sujeitos que compõem a sociedade internacional.

2.1.1 *Fontes formais e fontes materiais de Direito Internacional Público*

Chamam-se **fontes formais** do Direito Internacional Público as técnicas do desenvolvimento do direito, técnicas que permitem produzir o direito positivo, modos pelos quais se estabelece ou constata uma regra jurídica aplicável a um

caso concreto. Situam-se nesta classificação o costume, os tratados, os acordos, atos unilaterais etc.

As **fontes materiais** do Direito Internacional Público são as causas da formação das regras jurídicas. Resultam de elementos políticos, sociológicos, morais etc. O seu estudo pode ser decisivo para determinar a emergência do direito positivo, mesmo quando não criam, diretamente, normas obrigatórias. Nesse conjunto de fontes, temos as resoluções não obrigatórias da Assembleia Geral da ONU, que serão tomadas em consideração no processo contemporâneo de estabelecimento de regras convencionais ou costumeiras. Ressalta-se a indicação jurisprudencial da referência a um “direito em formação”, ou ainda em *soft law*, como no caso da Plataforma Continental entre a Tunísia e a Líbia.

2.1.2 Fontes formais e normas legais

Não se deve confundir a norma jurídica internacional e as fontes formais do Direito Internacional Público. Pelo conteúdo da **norma**, entende-se a regra de conduta elaborada, que deve respeitar o procedimento correspondente de uma **fonte formal**. As normas que se relacionam com a demarcação da plataforma continental, com identificação no que diz respeito ao conteúdo material, podem ter fundamento numa convenção ou no costume, que se relaciona às fontes formais. As normas do Direito do Mar foram assim indicadas no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, de 1969.

Inversamente, uma mesma fonte pode fazer surgir muitas regras de conteúdos materiais dos mais diversificados. Bastante e suficiente é se referir a qualquer tratado, que pode conter normas desde tratamento do estrangeiro, regras comerciais bilaterais, tratamento de investimentos externos entre os Estados e regras de não bitributação.

2.1.3 Hierarquia de fontes e hierarquia de normas

Teremos de fazer uma diferenciação, neste aspecto, entre o Direito Internacional Público que se aplica em casos interestatais e o que releva do direito das organizações internacionais.

No primeiro caso, o problema da hierarquia de fontes e da hierarquia de normas pode ser tratado sob três enfoques. Primeiramente, não existe, no que concerne às fontes do direito, uma **hierarquia** em Direito Internacional Público. O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que trataremos em breve, não alude a nenhuma hierarquia das fontes evocadas. Assim, não é possível impor, enquanto determinação geral, que regras convencionais se sobrepõem àquelas costumeiras,

ou o contrário. Sob a égide de um procedimento legiferante centralizado, uma das fontes poderia ter tal primazia confirmada, porém tal não é o estado atual da sociedade internacional, que se caracteriza pela descentralização.

No caso das Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua,¹ de 1986, a Corte Internacional de Justiça estipula que não há

“nenhuma razão para se pensar que, quando o Direito Internacional costumeiro é constituído de regras idênticas àquelas do direito convencional, aquele se encontra suplantado por este, a ponto de não ter mais existência própria”.

Por isso, refere-se então que a ausência da hierarquia entre as fontes formais não leva a uma ausência de **inter-relação de fontes**. Urge conciliar as fontes na análise do direito positivo em causa. O caso de convenções internacionais que codificam o direito costumeiro é exemplo disso.

Enfim, o fato de que as fontes formais de lei internacional não são organizadas de forma hierárquica não deve conduzir à conclusão de uma ausência de **hierarquia entre as normas jurídicas**. Indubitavelmente, tal hierarquia não poderá ser subtraída da origem formal destas normas, mas ela pode resultar de outras características, como o grau da generalidade das regras, ou a ordem cronológica de sua edição, conhecendo, assim, os reflexos dos princípios gerais do direito sobre a derrogação das normas jurídicas, pois *lex specialis derogat lex generalis* e *lex posterior derogat priori*.

Ainda mais notório e relevante é o caso das normas pertencentes a um conjunto de **regras de normatividade reforçada**. Estas são as normas imperativas de direito internacional, comumente denominadas de *ius cogens*, cristalizada no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que dispõe:

“É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

Esta normatividade reforçada de algumas regras jurídicas sobrepõem-se àquelas, costumeiras ou convencionais ordinárias. Tais normas de “mais alto nível”, como afirmou Charles de Visscher, ou “normas de elite”, como indicou Prosper Weil, aportam ao sistema internacional verdadeira revolução na hierarquia

¹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), Fond, Recueil CLJ 1986, Arrêt du 27 juin 1986.

normativa, indicado com um milagre por alguns autores, e abominação para outros. Mesmo com calorosos debates doutrinários, a Corte Internacional de Justiça sempre se eximiu de indicar sua existência, apesar de sua consagração nos tribunais penais e de direitos humanos.

Pela sistemática apontada no indigitado artigo, a atividade convencional dos Estados não pode ir de encontro a tais regras superiores, e os Estados e a doutrina concordam em indicar hierarquia máxima às regras de **proibição à escravidão, ao genocídio, à pirataria, à tortura, ao recurso à força armada e a integridade territorial dos Estados**. Os Estados não se encontram, assim, livres para derogar estas normas imperativas de comum acordo, por meio de um tratado. Inclusive, a superveniência de uma norma de *ius cogens* acarretará na nulidade de tratados precedentes, segundo complementa o art. 64 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados:

“Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.”

Talvez o reflexo menos discutido do princípio do *ius cogens* apontada na literatura é o da indivisibilidade do tratado internacional que conflita com qualquer norma de alta estirpe internacional. O art. 44, § 5º, da Convenção veda a divisibilidade de tratados, senão vejamos:

“Divisibilidade das Disposições de um Tratado

§ 5º Nos casos previstos nos artigos 51, 52 e 53 a divisão das disposições de um tratado não é permitida.”

Neste caso, o conteúdo da norma cogente – e não a técnica do desenvolvimento das normas – tem superioridade sobre as demais regras de comportamento. Contudo, a sedução de outorgar tal grau de importância a normas que, moralmente, se demonstrem fundamentais, não pode atingir facilmente o jurista. Primeiramente, **cabe aos Estados reconhecer e identificar as regras de *ius cogens***, não à doutrina, o que leva tal tarefa à quase inviabilidade prática. Em seguida, a atribuição generalizada de tal superioridade leva à total **instabilidade dos compromissos convencionais** estabelecidos pelos Estados. Enfim, entendemos que ela é **essencialmente incompatível com o sistema internacional**.

O reconhecimento e identificação da norma imperativa não conseguiu ainda satisfazer o critério do art. 53 ser “aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo”. Esta identificação pode ser assimilada ao mecanismo das regras costumeiras: **uma prática e uma *opinio iuris***. O reconhecimento de um costume já apresenta dificuldades, e o da norma imperativa nos parece próxima da impossibilidade. A doutrina costuma indicar um leque de di-

reitos que fazem parte desse nível supremo de regras, como a proteção ao meio ambiente, a proibição do terrorismo, a soberania permanente sobre os recursos naturais e os direitos humanos. No que concerne aos direitos humanos, em nenhuma hipótese deixamos de valorar como fundamentais ao desenvolvimento da humanidade, mas podemos avançar que já direitos humanos mais relevantes que outros, criando sim uma hierarquia de direitos dos homens. O direito à vida é muito mais relevante que o direito à proteção de bens culturais, por exemplo.

Michel Virally já indicou no seu curso de Haia que duas décadas depois da Convenção de Viena, era **difícil afirmar que uma regra sequer tenha conseguido satisfazer o critério definido pelo art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. Não nos parece, assim, que mesmo hoje as indicações, mesmo que no gênero, serão errôneas.

Ainda, este **mecanismo gerador de nulidades** é necessário se utilizado por um organismo imparcial. A possibilidade de utilização unilateral do princípio pode se transformar em um verdadeiro abuso ou negação do direito, o que fora percebido desde a década de 1930 por Lauterpacht. Esta condição avançada pelos Estados ainda não foi cumprida. Com efeito, durante a Conferência de Viena, a França se opôs à assinatura da Convenção. A teoria do *ius cogens* não é tão recente quanto se pensa, nem fruto de juristas progressistas, como se pode imaginar. Tanto é que os relatores da Comissão de Direito Internacional no projeto que trouxe tal conceito para a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foram Lauterpacht, Fitzmaurice e Waldock, um mais “clássico” que o outro.

O terceiro fator, da **existência de uma ordem pública internacional que venha a derogar os acordos convencionais dos Estados**, não se adequa à realidade internacional. Se em direito interno os contratos contrários às normas imperativas de sua ordem pública é automática, este efeito decorre da existência de uma jurisdição obrigatória que venha impor o respeito destas regras supremas. Em direito internacional, como sabemos, este órgão judiciário é inexistente, e pior, é difícil compreender como um tratado, criador do direito internacional, possa ser contrário ao direito internacional, uma vez que na sociedade internacional há uma coincidência entre o legislador e o contratante. Este argumento se apoia então na ausência de hierarquia entre as fontes: **a explicação da nulidade de um tratado estaria na admissão de uma superioridade do costume sobre o tratado**, o que é, por óbvio, irreal.

Em definitivo, a prática corrente de os Estados deixarem de aplicar seus compromissos convencionais não pode levar à alegação da nulidade desses tratados, mesmo que moralmente justificada. **Seria utilizar um simples pretexto para se livrar de tais obrigações**. Em sentido contrário, vemos como anedótica a possibilidade de dois Estados estabelecendo um tratado para realizar pirataria no Oceano

Índico. Ainda, mesmo que o fizessem, nada os impediriam de colocar em prática tal ideia. **Se um obstáculo sobrevier, certamente não será a nulidade do tratado.**

A Corte Internacional de Justiça empregou inúmeras expressões semelhantes ao direito imperativo, como *regras de importância capital*, *normas de importância extrema*, *regras essenciais*. Ela se aproximou da noção, mas não a adentrou. No caso da Nicarágua, por exemplo, vemos que a Comissão de Direito Internacional, os Estados Unidos e a Nicarágua reconhecem que o princípio de interdição do uso da força nas relações internacionais pertencem ao *ius cogens*, entretanto, a Corte evitou claramente esta saída. Como afirmou Ian Brownlie, o *ius cogens* é “um carro que não sai muito da garagem”.

A ausência da hierarquia de fontes só tem atuação no Direito Internacional Público interestatal. Nos sistemas organizados das organizações internacionais, o que se pode verificar é a existência de uma verdadeira hierarquia entre os órgãos correspondentes. A hierarquia de órgãos equivale à hierarquia de atos, que equivale à hierarquia de normas. Temos que o tratado constitutivo da Organização Internacional equivale à Constituição da mesma, prevalecendo, pois, sobre todo o direito derivado produzido pela organização.

2.1.4 O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça

Quando as fontes de Direito Internacional Público são evocadas, imediatamente se remete ao famoso art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que as enumera, senão vejamos:

- “1. A Corte, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
- a. As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b. O costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito;
 - c. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d. Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes assim convierem.”

Todos os membros das Nações Unidas são também **signatários do Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, e por ele estão comprometidos, estendendo

o seu campo de aplicação a praticamente toda a sociedade internacional. A referência que é feita permite, desde então, introduzir uma listagem universalmente aceita das fontes formais de Direito Internacional Público.

Com base nesta definição, articulam-se no conceito de **fontes principais** as fontes escritas, que são os tratados, e as fontes não escritas, como, por exemplo, o costume. Ainda, somam-se a essas as **fontes subsidiárias**, que são os princípios gerais de direito, os precedentes jurisdicionais e a doutrina. A equidade, em seguida, vem então em lugar especial que lhe é reservado.

Embora este artigo esteja sempre em vigor, a leitura das decisões emitidas pela Corte Internacional de Justiça indica que as fontes expressas no art. 38 não equivalem mais à situação atual. Esta enumeração não permite, assim, considerar algumas fontes de direito que se desenvolveram em particular a partir de 1945, como o direito das organizações internacionais e os atos unilaterais dos Estados. Para fins deste livro, abordaremos os temas relativos aos tratados em capítulo autônomo, dada a sua enorme extensão.

2.2 O costume internacional e os princípios gerais do direito internacional

O costume internacional deriva da prática geral e consistente dos Estados de reconhecer como válida e juridicamente exigível determinada obrigação. Uma regra costumeira pode existir mesmo na ausência de qualquer acordo definido entre Estados, em consequência da repetição, em algumas condições, de dado comportamento na vida internacional. A Corte Permanente de Justiça Internacional indicou a existência, assim, de um **tratado tácito**, no caso *Lótus*, e a Corte Internacional de Justiça a demonstrou como sendo a expressão de uma **regra objetiva**, no caso *Nottebohm*,² de 1955.

A concepção subjetivista, dita voluntarista, funda sua força obrigatória na existência de um acordo tácito. Não pode haver costume além da vontade do Estado, de forma tácita. Esta concepção, já citada, é caso isolado na jurisprudência. Este acórdão foi assim determinado graças à opinião preponderante à época, influenciada, claro, pela visão do seu presidente Anzilotti. Esta concepção não leva em conta a realidade internacional hodierna. Supõe-se que, para que haja costume universal, cada Estado deveria exprimir seu acordo, individualmente, exigência, obviamente, irrealizável. Ela não considera, também, o fato de que o costume se impõe a todos os Estados, e que uma oposição ao costume já formado é impossível.

² *Affaire Nottebohm (deuxième phase)* (Liechtenstein c. Guatemala), Recueil CIJ 1955, Arrêt du 6 avril 1955.

vel. O direito costumeiro supõe uma prática geral, nunca unânime! Ele é o veículo de uma ideia da proteção geral.

Para a visão objetivista, o costume é fenômeno sociológico. Ele decorre de uma necessidade social. George Scelle e Charles de Visscher insistem no caráter espontâneo do costume, que não exige acordo unânime, mas repousaria em uma prática geral. Esta, aliás, é a posição consagrada na decisão da Corte Internacional de Justiça no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, de 1969.

Tradicionalmente, considera-se que o costume exige a reunião de dois elementos: um elemento **material** (a *consuetudo*) e um elemento **psicológico** (a *opinio juris*). Pierre-Mary Dupuy nota, justamente, que ambos os elementos são ligados, pois a prática é a melhor expressão da *opinio juris*. Tal interpretação decorre do texto do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que indica que a Corte aplica o costume como prova de uma prática geralmente aceita como direito.

2.2.1 Elementos essenciais – a prática

O costume nasce de um uso fundado em precedentes positivos (ações) ou negativos (omissões, abstenções). Este uso deve ser **ininterrupto e geral**. Cabe ressaltar que esta prática pode ser comprovada de diversas formas, tanto por atos interestatais, quanto estatais. Assim, deve-se questionar sobre a questão de saber qual *consuetudo* é pertinente para a consagração do costume. Para tanto, ela deve ser imputada ao Estado. Exclui-se, portanto, a prática emanada de particulares. Entretanto, o costume pode emanar da prática de uma organização internacional, e este foi o posicionamento adotado pela Corte Internacional de Justiça no parecer sobre a Namíbia de 1971.³

No que concerne à **prática dos Estados**, esta se mostra notadamente pela prática governamental e diplomática, como os atos, correspondência e instruções; leis internas dos Estados, que tratem de matérias ligadas à ordem jurídica internacional, como mar, nacionalizações, imunidade, neutralidade; ou a decisões de tribunais internos, como sobre imunidade. Parece importante salientar o papel dos atos do Poder Executivo para a constatação da prática.

Para a **prática interestatal**, temos primeiramente os Tratados Internacionais, declaratórios, quando enunciam o direito costumeiro existente, como as Convenções de Haia acerca de leis e costumes da guerra contra terrestre, ou cristalizado-

³ Conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. Recueil CIJ 1971, Avis consultatif du 21 juin 1971.

res, como determinados tratados que contêm *cláusulas-tipos*, como tratados de arbitragem ou de extradição, ou convenções consulares.

O papel das **organizações internacionais** é duplo. O processo de elaboração do costume internacional pode ser estimulado por uma proclamação solene inicial da OI. Assim, os princípios contidos em uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, provavelmente guiarão o comportamento subsequente de Estados. Não obstante, é excessivo se falar em **costume instantâneo**, uma vez que a efetividade de uma prática deve preceder ao reconhecimento possível do seu caráter obrigatório.

Ademais, o papel de instigação das organizações internacionais na formação do direito costumeiro não se restringe à atuação de seus órgãos políticos, mas também através da ação dos seus órgãos administrativos.

A continuidade de aplicação no tempo é requerida. O costume nasce de um uso “uniforme e constante”, segundo determinou a Corte Internacional de Justiça no caso Haya de La Torre, em 1950.⁴ No caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, já citado, se constatou uma redução da duração de formação do costume, surgindo a noção de **costume selvagem**, no qual o elemento voluntário se sobrepõe ao elemento histórico, desde que haja precedentes numerosos e concomitantes. O costume selvagem aparece como revisionista, porque ela vem como uma projeção efetiva de uma vontade política, enquanto, no costume clássico, a multiplicação de fatos leva ao crescimento da consciência jurídica.

Na perspectiva tradicional, a prática lenta e progressiva aparece antes do surgimento da *opinio juris*, o que René-Jean Dupuy denominou **costume sábio**, marcado pela passagem da regularidade da regra. O costume selvagem inverte a ordem cronológica desses dois elementos. Georges Abi-Saab propõe que o **costume novo** é marcado pelo papel crescente das organizações internacionais e das conferências de codificação, o que permite uma abordagem mais institucionalizada, previsível e formal; que se diferencia do **costume antigo**, que seria mais espontâneo.

Uma convenção multilateral única pode até servir como base ou ponto de partida para uma regra costumeira, conforme se depreende da leitura do art. 38 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina:

“Art. 38. Regras de um Tratado Tornadas Obrigatórias para Terceiros Estados por Força do Costume Internacional – Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal.”

⁴ Affaire Haya de la Torre (Colombie c. Pérou), Recueil CIJ 1951, Arrêt du 13 juin 1951.

Entretanto, algumas condições se impõem: os Estados interessados devem participar de forma ampla e participativa (como indicado pelo caso da Plataforma Continental do Mar do Norte), e a possibilidade para os Estados hostis à formação desta regra de exprimir sua discordância a esta nova regra, denominado de *persistent objector*. Este Estado deve opor sua objeção desde o momento em que a norma esteja *in statu nascendi*, e continue demonstrando sua objeção de maneira persistente. Em todo o caso, é necessário que haja coincidência entre a regra convencional e a regra costumeira, e não a criação desta por aquela.

Deve haver, ainda, uma generalidade espacial, ou seja, o costume deve ter, quando não uma participação unânime, ao menos uma adesão ampla e representativa. Diferenciam-se, pois, o **costume universal**, de campo de aplicação relativamente extenso, do **costume regional**, que concerne apenas a um número limitado de Estados, e o **costume local**, que interessa somente a dois Estados, e que pode prevalecer sobre o costume universal, como indicou a Corte Internacional de Justiça no caso do Direito de Passagem entre Índia e Portugal,⁵

2.2.2 Elementos essenciais – a opinio juris

Primeiramente, deve haver o reconhecimento do caráter obrigatório de determinada prática. Um simples uso ditado pela cortesia entre nações não cria um costume. Ainda, a prática deve ser ditada pelo sentimento de que tal obrigação é legal, e não por motivos da oportunidade política, como estatuiu a Corte Internacional de Justiça no caso Haya de La Torre. Esta é a decorrência do brocado latino *opinio juris sive necessitatis*, ou seja, o reconhecimento do caráter obrigatório da regra não escrita em questão.

Ademais, o consentimento dado sob **pressões econômicas** não serve como precedente do estabelecimento de uma regra costumeira, como se determinou na arbitragem, *Koweit vs. Aminoil*, de 1982,⁶ nem indenização a título gracioso, decorrente de atividades lícitas, porém perigosas – como nos casos dos testes nucleares estadunidenses próximos ao atol de Bikini – ou por motivos humanitários.

⁵ *Droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), Recueil CIJ 1960, Arrêt du 12 avril 1960.

⁶ *The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company* (Kuwait vs Aminoil), laudo de 24 de março de 1982, in 21 ILM 976.

As organizações internacionais podem reforçar a prova de *opinio juris*, como indicou a Corte Internacional de Justiça, no caso Nicarágua, que também aduz que a constância de uma prática é menos importante do que a existência da *opinio juris*.

Não menos importante, deve haver **ausência de objeções** em contrário de Estados, sejam por técnicas de ordem diplomática, como protestos de ordem jurídica, como reservas a uma decisão ou a um tratado. O elemento psicológico deve ser apreciado com relação aos terceiros Estados. No caso da Jurisdição de Pescas,⁷ apontou-se que a prática norueguesa de delimitar suas águas territoriais foi confortada pela atitude de governos na medida em que estes se abstiveram de protestar, não considerando seu método como contrário ao direito internacional.

2.2.3 A codificação do costume internacional

O fenômeno da codificação é a apresentação sistemática e ordenada, em um corpo escrito, das regras costumeiras do Direito Público Internacional. Preparada pelos trabalhos da doutrina internacionalista, principalmente reunidos em associações científicas como o Instituto de Direito Internacional, a codificação é um instrumento de **constatação** (contendo disposições *de lege lata*) e de **reforma** (as disposições *de lege ferenda*) do direito positivo, por isso, constitui com importante fator do desenvolvimento do Direito Internacional Público.

No momento atual, a codificação é essencialmente perseguida, principalmente sob a égide da ONU. A **Comissão de Direito Internacional (CDI)**, criada em 1947, é principalmente competente na área do Direito Internacional Público, e se compõe de 34 especialistas em Direito Internacional Público, indicados pela Assembleia Geral da ONU, a título pessoal (não representando, portanto, seus Estados nacionais).

O aumento entre os membros acentuou a politização e a queda da qualidade do trabalho, que não atenua a repartição geográfica da escolha dos membros, entre os quais os diplomatas acabam prevalecendo sobre os universitários. Necessário é observar, neste momento, que algumas questões escapam ao trabalho da Comissão de Direito Internacional em virtude de sua grande vertente política, como direito do espaço extra-atmosférico.

A **Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI ou UNCITRAL)**, criada em 1966, é composta de 60 membros, que representam seus Estados. Seu trabalho interno à Comissão é de *expertise técnica*, envolvendo debate dos relatórios, indicados para cada assunto. Os relatores especiais têm seu papel acentuado no caso em que o desenvolvimento do Direito Internacional Público está em jogo, com relação a casos de simples codificação do

⁷ *Pecheries* (Royaume-Uni c. Norvège), Recueil CIJ 1951, Arrêt du 18 décembre 1951.

costume. Há, ainda, o envio de questionários aos Estados, pelos quais se indicam observações sobre os trabalhos, debates etc. Duas técnicas se referem aos resultados de seus trabalhos:

Resultados não convencionais, especialmente no caso da UNCITRAL. Entre os mais recentes, cabe assinalar a edição da Lei Modelo sobre assinaturas eletrônicas de 2001, e da Lei Modelo sobre a conciliação comercial e internacional de 2002.

No que concerne à **elaboração de uma convenção**, a partir dos trabalhos de uma Comissão, ou como parte de uma conferência de plenipotenciários, convocada pela ONU, como nos casos das 13 Convenções realizadas sob a égide da Comissão de Direito Internacional – sobre Direito do Mar (as quatro convenções de Genebra, em 1958), sobre relações diplomáticas (Viena, em 1961), sobre redução dos casos de apátrida (Nova Iorque, 1961), sobre relações consulares (Viena, em 1963), sobre Direito dos Tratados (Viena, em 1969), sobre a representação de Estados em suas relações com as organizações internacionais (Viena, 1975), sobre sucessão de Estatal em tratados (Viena, em 1978) e sobre sucessão relativa à propriedade, arquivos e dívidas estatais (Viena, em 1983), sobre Direito dos Tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre estas (Viena, em 1986); sobre o Estatuto do Tribunal penal internacional (Roma, 1998); ou, ainda, no caso das cinco convenções concluídas sob a égide da UNCTAD – que são as convenções sobre a prescrição na venda internacional de mercadorias (Nova Iorque, 1974), sobre o transporte marítimo de mercadorias (Hamburgo, 1978), sobre o contrato de venda internacional de mercadorias (Viena, 1980), sobre a lei aplicável às vendas internacionais de mercadorias (Haia, em 1985) e a responsabilidade dos exploradores de terminais no comércio internacional (1991).

2.3 Fontes auxiliares: Princípios gerais do Direito Internacional Público, jurisprudência internacional, doutrina dos publicistas, atos unilaterais dos Estados, decisões das organizações internacionais. Analogia e equidade. *Soft law*

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça indica a existência de fontes subsidiárias, deformando o papel da jurisprudência e da doutrina, e omitindo o papel dos atos unilaterais dos Estados. Ainda, as decisões das organizações internacionais tinham pouca importância na época de sua imposição.

2.3.1 Os princípios gerais do direito internacional

Considera o referido Estatuto os princípios gerais do direito internacional aqueles reconhecidos pelas nações civilizadas. A expressão *reconhecidos pelas na-*

ções civilizadas é legado da época colonial que ainda pairava na época da redação do art. 38, e deve ser interpretada hoje como **os princípios aceitos pelas nações, reconhecidos em todos os sistemas jurídicos de todos os Estados independentes**, como o princípio da boa-fé, e da autoridade da coisa julgada.

O direito internacional moderno depende cada vez menos desta fonte de direito internacional, pois a maioria dos princípios gerais do direito já se encontra fixada no direito positivo. Tais princípios se distinguem do direito natural, pois são consagrados nas ordens jurídicas internas pelos direitos nacionais, além de serem aplicados pelas jurisdições nacionais, como no caso do princípio da soberania nacional.

Importante ressaltar que as declarações de princípios gerais adotadas pela Assembleia Geral da ONU fazem parte da chamada *soft law*, por serem desprovidas de valor obrigatório para os Estados. Entretanto, dentro destes textos solenes, há categorias distintas de princípios postos.

Há princípios de natureza **convencional**, por incluir normas adotadas em algum tratado em vigor, como é o caso da Declaração de princípios de direito internacional relacionados às relações amiais e à cooperação entre os Estados, de 1970, que incorpora elementos expressos da Carta da ONU. Princípios de natureza **costumeira** correspondem a uma prática bem estabelecida, como o caso da Declaração sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais, de 1962. Aliás, a Carta de direitos e deveres econômicos dos Estados, de 1974, não teve o condão de indicar a prática estabelecida, apesar de tratar do mesmo tema da anterior, afirmando direitos inalienáveis dos Estados soberanos sobre seus recursos naturais e indicar a lei aplicável no caso de nacionalização de bens de investidores estrangeiros, uma vez que teve grande número de votos contrários e abstenções.

Por outro lado, há princípios que se encontram positivados na esfera internacional, como o caso da Carta de direitos e deveres econômicos dos Estados. No entanto, outros casos merecem ser aqui lembrados. São declarações que contêm conotação política preponderante, expressão de uma vontade comum, daquilo que parece necessário para assegurar a evolução na satisfação das necessidades da sociedade internacional.

Importa mais ainda ressaltar a enorme economia jurisprudencial das Cortes de Haia, Corte Internacional de Justiça e a antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, na constatação de existência de um princípio geral do direito, uma vez que este tem o escopo de resolver o problema do *non liquet*, isto é, a impossibilidade de o juiz ou o árbitro não chegar à solução do litígio pelo fato de se esbarrar com a lacuna da norma. Os princípios gerais servem para preencher tais lacunas, e, portanto, bastando encontrar uma norma em vigor para que estes tribunais deixassem de se questionar sobre a existência ou não de um princípio para dirimir a controvérsia. Essa sistemática pode ser observada no caso Wimbledon, de

1923, no qual a Corte Permanente de Justiça Internacional notou que a existência de uma regra convencional a dispensava de examinar problemas de servidão decorrentes dos princípios gerais do direito, ou a Corte Internacional de Justiça em 1960 no caso do Direito de Passagem, para a qual a existência de um costume local a dispensaria de tratar do tema da existência de um princípio geral. Assim, a Corte Internacional de Justiça nunca se baseou em um princípio geral para fundamentar uma de suas decisões.

2.3.2 A doutrina e a jurisprudência internacional

O Estatuto da Corte de Haia prevê, ainda, fontes como meios auxiliares para a solução dos litígios internacionais, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações. A redação própria do Estatuto os denomina meios auxiliares, indicando não se tratar de fontes do direito internacional, pois deles não nasce o direito, são apenas indicativos aos julgadores na solução dos litígios internacionais concretamente surgidos.

Ab initio, a doutrina internacional tem **papel crítico**, e não construtor ou criador de normas internacionais. Sua função é, assim, a de favorecer a elaboração de síntese prévia, organização de ideias ou clarificação do conteúdo das normas. O papel de codificador do Direito Internacional Público foi primordial na época de Grotius ou Vattel, que não mais ocorre, pois grande parte do direito não escrito encontra-se hoje já codificado. A doutrina goza de menor influência em países do *common law* do que experimentam em Estados de sistema romano-germânico.

A prática da Corte Internacional de Justiça indica que os litigantes, em suas petições escritas e em sustentações orais, empregam abundantemente os trabalhos da doutrina para fundamentar os seus pontos de vista. Ao contrário, os julgadores raramente consideram o aporte da doutrina quando de suas decisões, com exceções aos casos de opiniões individuais e dissidentes aos acórdãos, que chegam a citar autores como fundamento a essas declarações.

No que concerne à jurisprudência internacional, se falarmos em autoridade da coisa julgada, ela é válida apenas para as partes em litígio, traduzindo-se, portanto, em uma **ausência clara de autoridade de precedentes** em decisões ulteriores de uma mesma Corte. Porém, não se pode imaginar que tais precedentes são desnudados de valor, sobretudo no que concerne aos acórdãos da Corte Internacional de Justiça, uma vez que este órgão demonstra enorme continuidade jurisprudencial. A prática de se referir a suas decisões anteriores foi indicada, por Lauterpacht, como um dos traços marcantes do Tribunal de Haia.

O papel marcante de jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional e Corte Internacional de Justiça é o de **reconhecimento** do conteúdo e alcance

de uma norma costumeira, uma vez que contribuem para o desenvolvimento do Direito Internacional Público “avalizando” a existência do costume.

Para mencionar a **jurisprudência arbitral**, vemos que ela tem pouco efeito nas decisões da Corte Internacional de Justiça, pois fora raramente citada, como aconteceu nos casos Nottebohm, de 1953, ou no parecer do Fechamento do escritório da OLP, de 1988, indicando o precedente da arbitragem no caso Alabama, e no caso Jan Majen, que fez referência à arbitragem do Mar de Iroise. Mais corrente é o emprego de referência a expressão *jurisprudência de tribunais arbitrais*, como no caso Lótus ou Usina de Chorzow, da precedente Corte Permanente de Justiça Internacional.

Outro ponto a ser ressaltado é que a arbitragem permite segredo na decisão se as partes assim o desejarem no compromisso, e, ainda, muitas causas que não obstaculizam a publicidade não têm seu laudo publicado. Este traço dificulta a identificação de uma uniformidade de visões, o que impede a formação de uma verdadeira jurisprudência arbitral.

2.3.3 Atos unilaterais dos Estados

Ato unilateral internacional é aquele em que apenas uma parte coloca uma norma **geradora de direitos e obrigações** nas suas relações jurídicas interessando a outros sujeitos de direito internacional. Três características se colocam: a manifestação da vontade de um único sujeito de direito internacional, independência da manifestação dos outros sujeitos e a produção de efeitos jurídicos.

Estes atos unilaterais são de **competência** da autoridade habilitada a representar o Estado em suas relações internacionais. Com relação à **forma** – geralmente se cristaliza em um documento escrito, emitido por via diplomática –, nenhuma forma solene é requisitada para sua elaboração, mas é seguro que ele deve expressar a **manifestação inequívoca da vontade** e que receba um mínimo de publicidade, como no caso das declarações oficiais de autoridades francesas no sentido de abandonar testes nucleares de superfície, como determinado no caso dos Testes Nucleares de 1974.⁸

As **condições de validade** do ato foram avançadas, como a conformidade com o direito internacional em vigor e o interesse de causar efeito de regulamentar as suas ações na sociedade internacional. O caso dos Testes Nucleares não falhou em indicar que o ato unilateral pode criar uma obrigação de comportamento se houver publicidade de manifesta vontade estatal de se obrigar a determinado comportamento.

⁸ *Essaies Nucléaires* (Nouvelle Zélande c. France), Recueil CIJ 1974, Arrêt du 20 décembre 1974.

Outro alcance dos atos unilaterais é o reconhecimento de consentimento tácito – aquiescência – ou expresso, em contradição com suas alegações em um litígio, que pode gerar a situação de *estoppel*, que pode ser simploriamente conceituado pelo princípio de não contradição. A Corte Internacional de Justiça manifestou-se em várias ocasiões sobre o *estoppel*, indicando, no caso do Templo de Préah Vihéar de 1962,⁹ a parte que os invoca, deve ter-se fiado nas declarações ou condutas da outra parte, e isso, em seu próprio detrimento e com vantagem para a outra.

No que concerne à qualificação dos atos unilaterais, há pluralidade de classificações, interessando aquela pautada na finalidade do ato.

A **notificação** é o ato solene pelo qual o Estado dá conhecimento aos outros sujeitos de direito internacional de determinado fato que gera consequências jurídicas. Ela é geralmente facultativa e se exemplifica pelas declarações de guerra, de neutralidade ou de sucessões a tratados.

O **reconhecimento** é a manifestação que pretende considerar como legal e legítima determinada situação fática ou pretensão jurídica. Este reconhecimento pode ter efeito constitutivo ou declaratório, como no reconhecimento de um costume ou de um Estado ou governo, respectivamente.

O **protesto** é a declaração que tem como escopo o não reconhecimento de uma pretensão, situação ou conduta. Ele tem o condão de impedir o estabelecimento do costume, como faz a Argentina em fóruns internacionais e notas diplomáticas sobre a ocupação inglesa das Ilhas Malvinas, e no caso Jurisdição de Pescas, a Corte Internacional de Justiça estatuiu que a ausência de protesto inglês permitiria a oposição do traçado da linha de base da fronteira marítima imposta pela Noruega. A Grã-Bretanha se viu, assim, vítima do *estoppel*.

Em definitivo, a **renúncia** é ato unilateral pelo qual o Estado abandona seu direito. Cabe ressaltar que a renúncia não se presume, podendo ser geral ou visando uma situação específica, como assinalou a Corte Internacional de Justiça no caso Barcelona Traction de 1964,¹⁰ sobre a desistência de uma ação determinada perante a Corte Internacional de Justiça.

⁹ **Temple de Préah Vihéar** (Cambodge c. Thaïlande), Fond, Recueil CIJ 1962, Arrêt du 15 juin 1962.

¹⁰ **Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power, Limited (exceptions préliminaires)** (Belgique c. Espagne), Recueil CIJ 1964, Arrêt du 24 juillet 1964.