

“FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL”

Rodrigo Fernandes More¹

Capítulo I

Introdução

O estudo das fontes de direito internacional, preparatório a uma análise mais apurada do “Direito dos Tratados”, permite compreender não só os fundamentos políticos, jurídicos, sociais e econômicos que envolvem todo o processo de conclusão dos tratados internacionais, mas também a estreita correlação dos tratados com outras fontes de direito internacional, as quais, apesar do tratamento diferenciado quanto às suas características e fundamentos, são parte de um conjunto de elementos - formais e materiais - formadores de um complexo e controvertido conceito: “*direito internacional*”¹.

Direito internacional - na concepção de FAUCHILE, VON LISZT e ANZILOTTI - é um conjunto de normas jurídicas reguladoras das relações entre Estados soberanos; pensamento que refletia a posição firmada pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no julgamento do caso *Lotus*, em 1927, onde se afirmou que o direito internacional era formado pelos princípios em vigor entre as nações independentes, mas ainda desconsiderando a existência de outros sujeitos de direito internacional que não os Estados, reconhecidamente a Santa Sé e determinadas Organizações Internacionais existentes à época.

Ao fim da II Guerra Mundial, a Sociedade das Nações deu lugar à Organização das Nações Unidas, que fez crescer a importância das organizações internacionais e reconheceu algumas entidades como titulares de personalidade jurídica internacional, entre as quais, desde logo, o próprio indivíduo². Assim, o direito internacional passou a ser definido como um conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre sujeitos de direito internacional³ ou, como preferem alguns autores mais preciosistas (CUNHA *et al*), um conjunto de normas que regulam as relações entre todos os componentes da sociedade internacional.

Esta breve digressão sobre alguns conceitos de direito internacional bem serve para ilustrar, seja qual for a tônica metodológica adotada para fixação de conceitos, que uma “norma internacional” ou um “conjunto de normas internacionais” é a pedra fundamental do direito internacional. A investigação científica do direito internacional, portanto, deve partir do estudo analítico de suas fontes⁴ - formais e materiais - nas quais o direito se explica por seus próprios fundamentos, tal como num teorema matemático, na melhor aplicação da teoria kelseniana da norma fundamental⁵.

O tratadista francês CHARLES ROSSEAU⁶ lembra que existe na doutrina de direito internacional duas diferentes concepções de “fontes”: uma concepção *positivista* pura, defendida por ANZILOTTI, na qual a única fonte de direito internacional é o acordo de vontade das partes, seja de forma expressa ou tácita; e uma concepção *objetivista* (SCELLE, BOURQUIN), fundada na distinção entre fontes criadoras do

¹ O autor é advogado, doutor em Direito Internacional pela USP, diretor do Instituto de Estudos Marítimos e autor do livro “Direito Internacional do Desarmamento: o Estado, a ONU e a paz” (Editora Lex: São Paulo, 2007).

direito (materiais) e as fontes formais. Para esta corrente, somente as fontes materiais seriam genuínas fontes de direito, pois as fontes formais (costumes, tratados) não criam o direito, são apenas um processo de sua verificação. ROSSEAU, partidário de uma corrente de base sociológica para explicar as fontes de direito, opõe severas críticas a ambas as correntes, sem se afastar de elementos essencialmente jurídicos que se encontram na base das fontes de direito.

Na celeuma doutrinária sobre fontes formais e materiais revela-se a importância de duas fontes de direito internacional - os costumes e os tratados - sobre as quais se desenvolveu toda a teoria das fontes de direito internacional. Por esta razão, estas fontes são denominadas de *fontes principais*, ao passo que os princípios gerais de direito são considerados como *fontes subsidiárias*, sem que desta distinção surja, efetivamente, uma hierarquia entre as fontes.

No que pertine à metodologia de apresentação deste estudo, seguindo a sugestão do próprio tema, nossa análise das fontes de direito internacional iniciar-se-á com a exposição de uma “parte geral” sobre as fontes de direito internacional (formais e materiais), conforme o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ), regulamento onde foram fixadas as fontes formais de direito internacional - tratados, costume, princípios gerais de direito, doutrina-jurisprudência e equidade⁷. Nos tópicos seguintes, apresentar-se-ão as características e fundamentos de cada uma das fontes elencadas no referido artigo 38 do Estatuto da CIJ, com a devida ressalva quanto aos *tratados*, fonte que merecerá mais adequado estudo ao longo das minuciosas exposições de seminários que complementarão nosso curso sobre “Direito dos Tratados”, do qual, como se advertiu linhas atrás, este trabalho é apenas uma parte introdutória.

De modo intencional, procurar-se-á tratar cada uma das fontes formais de direito internacional não somente sob o conceito jurídico que a revela, mas de sorte a demonstrar a forma pela qual estas mesmas fontes se completam e dão origem ao que os doutrinadores denominam de “norma” internacional, elemento único do *direito internacional*.

Completando a exposição do tema, cuidaremos, finalmente, de outras fontes de direito internacional que não aquelas elencadas no referido artigo 38 do ECIJ: os atos unilaterais dos Estados e das Organizações Internacionais.

Passemos, então, aos nossos estudos, cuja amplitude e riqueza de elementos pesquisados, confessamos, nos surpreendeu desde a leitura da bibliografia que cuidamos de indicar em cada uma das notas de rodapé, intencionalmente repetida ao final do trabalho.

Capítulo II

As fontes de direito internacional. Fontes formais e materiais. O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Fontes principais e subsidiárias.

A partir deste capítulo, à exceção dos *tratados* que merecerão estudo mais sucinto, estudaremos cada uma das fontes de direito internacional enumeradas no artigo 38 do ECIJ, as denominadas “fontes formais de direito internacional”, denominação impingida a um conjunto de normas que indicam o processo de revelação de outras normas, em contraposição às fontes materiais, excluídas deste estudo, que se detém sobre a análise das razões de surgimento da norma, questionamento idêntico ao introdutoriamente enfrentado quanto aos fundamentos do Direito Internacional e que, portanto, não cabe este estudo aprofundar⁸.

A Comunidade Internacional é composta por Estados horizontalmente ordenados⁹ e regidos por normas de direito internacional, às quais a doutrina vem reconhecendo o caráter supranacional e cogente (*ius cogens*), formando-se o que se denomina um “Direito Constitucional Internacional”¹⁰.

Ainda que controvertido o caráter cogente do direito internacional, a verdade é que a Comunidade Internacional carece de um instrumento com valor universal¹¹ que determine quais são as fontes de direito internacional. Na lacuna da universalidade, no entanto, vigora um texto de natureza para-universal, de grande importância em função do número de Estados que a ele aderiram: o Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹², que elenca exemplificativamente em seu artigo 38 as fontes de direito internacional:

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

a) as convenções internacionais, quer gerais quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

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

A enumeração das fontes de direito internacional, como destacado, fez-se de modo exemplificativo, tal como pretendia a Comissão de juristas de cuidou da transição da Corte Permanente de Justiça Internacional para a Corte Internacional de Justiça¹³. É de se concluir, e esta é a posição unânime da melhor doutrina (ANZILOTTI, ROSSEAU, SORENSEN, VERDROSS, ALBUQUERQUE MELLO), que inexistia hierarquia entre as fontes de direito internacional elencadas no art. 38 do ECIJ.

Embora inexistia hierarquia, uma ordem taxativa de aplicação de uma fonte sobre outra, deve-se considerar uma e outra fonte de maior relevância que as demais para a solução de litígios, vértice máximo da declaração normativa de um direito: um documento escrito firmado entre as partes tem um grande valor para a interpretação da relação jurídica estabelecida entre elas. Esta prática escrita para fixação de direitos e obrigações, que ao longo dos anos ganhou espaço sobre o direito consuetudinário, teve seu reconhecimento no artigo 7º da Convenção XII de Haia de 1907, na qual se declarou os tratados como fonte mais importante de direito internacional, seguida do costume, tal como se expressa fora das convenções (fontes *principais*) e, finalmente, a fonte *subsidiária*, à qual o juiz ou o árbitro poderá recorrer na ausência de disposições convencionais ou consuetudinárias: princípios gerais de direito.

Note-se que não se incluiu como fonte subsidiária de direito internacional a jurisprudência, a doutrina nem a equidade, tal como entendem CHARLES ROSSEAU e SORENSEN¹⁴: doutrina e jurisprudência são simples “meios auxiliares” para determinação de regras de direito, caso semelhante ao da equidade, que em sua tripla função - corretiva, supletiva e supressora - mais se assemelha a uma forma de solução de litígio (que somente pode se aplicar com prévio consentimento das partes)¹⁵. De modo geral, estas fórmulas de solução de litígios não podem ser consideradas fontes de direito, nem subsidiárias nem indiretas, pois lhes faltam a principal características de uma “fonte”: a autonomia de criação do direito.

Estabelecidas estas notas gerais sobre o art. 38 do ECII, passemos adiante com o estudo pormenorizado de cada uma das fontes de direito internacional¹⁶ ali elencadas, ao lado das quais incluímos os atos unilaterais dos sujeitos de direito internacional (Estados e Organizações Internacionais intergovernamentais)¹⁷, que reconhecidamente têm respondido pela criação de regras de direito internacional, consagradas por costumes e princípios gerais de direito.

Capítulo III

Os tratados internacionais¹⁸

Os tratados, convenções, são as mais numerosas e importantes fontes de direito internacional, elencados, juntamente com os costumes, como uma de suas principais fontes. De acordo com LACHS¹⁹, entre 1500 a.C até 1860 haviam sido concluídos cerca de 8.000 tratados de paz, enquanto somente entre 1947 e 1984 foram celebrados entre 30.000 e 40.000 tratados²⁰. Estas estatísticas nos levam a estimar que até a presente data este número possa ter chegado a 60.000 tratados, pois após a II Grande Guerra Mundial praticamente toda a produção de regras de direito internacional tem se dado através de tratados (i.e., tratados de paz, de cooperação econômica, de proteção ao meio ambiente, instrumentos constitutivos de organizações internacionais). A importância dada aos tratados está na maior certeza do direito oferecida pela forma escrita (o que implica em conflitos não quanto à existência do direito, mas em relação à sua interpretação e aplicação) e na forma pela qual entram em vigor, a qual permite que regras novas sejam rapidamente introduzidas²¹.

1. Natureza dos tratados.

São fontes de direito internacional somente aqueles tratados que, de forma autônoma, estabelecem uma regra de direito internacional. Portanto, excluem-se entre as fontes de direito aos tratados (ou as regras neles contidas) que visem ao reconhecimento escrito de um costume ou de um princípio geral de direito.

Conceitualmente, de acordo com a Comissão de Direito Internacional, *tratado é qualquer acordo internacional que celebram dois ou mais Estados ou outras pessoas de direito internacional, o qual está regido pelo direito internacional*. Desta definição podem ser extraídos alguns elementos dos tratados. Em primeiro lugar, o tratado deve ser um acordo internacional, ou seja, estabelecido entre duas ou mais partes na qualidade de sujeitos de direito internacional. Em segundo lugar, esta relação se estabelece conforme normas de direito internacional, não de direito interno de qualquer uma das partes.

No que se refere à forma - escrita ou não-escrita - os tratados congregam sempre normas escritas, embora algumas delas possam ser a simples materialização de normas

consuetudinárias, o que não retira destas normas sua origem costumeira, não convencional, portanto. Desta forma, a força de um tratado como fonte de direito internacional não está na forma, mas em seu conteúdo (matéria) e vigência internacional (eficácia).

2. Tipos de tratados.

A doutrina internacional estabelece classificações entre os diversos tipos de tratados, que podem ser úteis em reduzido número de situações e inúteis em sua maioria.

A primeira destas classificações considera a existência de *quase-tratados* em contraposição à noção tradicional de tratado. Segundo esta corrente doutrinária, são considerados *quase-tratados* os acordos entre Estados e uma pessoa privada estrangeira²².

Uma segunda classificação aceita pela doutrina distingue entre os *tratados-lei* e *tratados-contrato*. No tratado-lei dá-se a criação de regras gerais de direito internacional entre as partes; nos tratados-contrato são estipuladas as regras de relação mútua entre as partes, uma classificação, como acusa SORENSEN²³, absolutamente inútil, posto que inexistente, preponderantemente, um tratado-lei ou contrato, mas, como asseveram QUADROS & PEREIRA²⁴, *tratados híbridos* que comportam ambos os tipos, prevalecendo a classificação somente em seu valor tendencial.

Há também os *tratados bilaterais* e os *multilaterais*, distintos pelo número de partes envolvidas. Quando as partes envolvidas em tratados multilaterais são em grande número, dá-se a estes o nome de *tratados coletivos*²⁵, abertos à assinatura de todos os sujeitos de Direito Internacional. Outra distinção entre os tratados multilaterais, embora controvertida na doutrina, reconhece a existência de *tratados multilaterais gerais* ou *tratados normativos*, cujo elemento distintivo não é tanto o número de partes, mas sua tendência para a universalidade: *tratado multilateral geral é aquele que pretende conter uma disciplina aplicável a todos os membros da Comunidade Internacional*²⁶. A classificação que mais interessa em razão do aspecto jurídico aplicável é aquela que distingue entre os *tratados gerais* (necessariamente multilaterais) e os *tratados restritos* (que podem ser multilaterais ou bilaterais).

Devem ser considerados, também, os *tratados solenes* e os *tratados em forma simplificada*. Segundo André Gonçalves PEREIRA²⁷, os tratados solenes são celebrados segundo uma forma tradicional e necessitam de ratificação para serem eficazes, enquanto que os tratados em forma simplificada prescindem de ratificação. A doutrina diverge desta opinião (SORENSEN) no sentido que estes tipos de tratado sejam simplificados somente em seu procedimento de celebração, oriundo das dificuldades constitucionais que têm determinados Estados em celebrar tratados solenes. Esta perspectiva de SORENSEN leva a concluir que, em sua doutrina, o Estado está obrigado internacionalmente ainda que não ratifique o tratado, sendo, pois, para tanto desnecessário o acolhimento do mesmo pelo direito interno²⁸.

3. O fundamento da obrigatoriedade dos tratados: o *pacta sunt servanda*.

Os sujeitos de direito internacional se obrigam com relação a um tratado assim que este entra em vigor (de acordo com disposição neste sentido inserta no corpo do próprio tratado) e somente após sua ratificação²⁹. Os tratados devem ser cumpridos de boa-fé, princípio firmado na Carta das Nações Unidas e retomado na Convenção de

Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (art. 26), implicando, portanto, na máxima *pacta sunt servanda*, que significa que o “tratado deve ser cumprido”. SORENSEN lembra que todos os doutrinadores reconhecem sua existência e importância deste princípio, mas dissentem quanto à sua natureza. Alguns o classificam como regra de direito internacional, outros como princípio geral de direito e ainda há quem o identifique como uma regra consuetudinária.

Aqueles que vêm no princípio da *pacta sunt servanda* um regra de direito natural entendem que o caráter obrigatório de um tratado está encerrado em seu próprio conteúdo. Sendo uma regra elementar a de se cumprir o que se estabelece em contrato, esta regra assume um caráter de regra universal de moralidade. Como regras morais não são regras jurídicas, os jusnaturalistas emprestam ao princípio uma interpretação jurídica do dever de cumprir obrigações.

Outra corrente doutrinária comunga da idéia de que o princípio do *pacta sunt servanda* é típico princípio geral de direito de direito internacional, pois rege todas as obrigações de direito internacional, sem a qual todo o sistema de direito internacional desmoronaria, pondo em risco todas as relações de direito travadas no âmbito da Comunidade Internacional.

Finalmente, como uma regra consuetudinária de direito internacional, defendida como tal por SORENSEN, o *pacta sunt servanda* reúne todos os elementos de um costume internacional efetivamente universal. Contudo, ressalta SORENSEN, a regra do *pacta sunt servanda*, seja qual for sua natureza, não deve ser aplicada de forma isolada ou auto-suficiente, mas de ser aplicada juntamente com um corpo de regras complexas de caráter consuetudinário, as quais a Comissão de Direito Internacional tem cuidado de codificar³⁰.

Capítulo IV

O costume Internacional

O costume internacional, ao lado dos tratados, é uma das mais importantes fontes de direito internacional: diz-se que um tratado pode revogar um costume, ao mesmo tempo em que um costume (i.e. *contra legem*) pode tornar sem efeito disposições contidas num tratado ou até mesmo revogá-lo por completo, o que justifica a assertiva de que inexistem hierarquia entre as fontes de direito internacional³¹

Os direitos consuetudinários surgem ao longo do tempo, ditados pela evolução econômica do próprio homem e de sua sociedade, como práticas reconhecidas como obrigatórias. Isto implica dizer que podem existir costumes não obrigatórios, as chamadas “cortêsias” (*comitas gentium*), dos quais não decorrem consequências jurídicas.

Para do direito internacional interessa somente os costumes jurídicos de direito consuetudinário, os costumes que se apóiam num sentimento jurídico ou consciência jurídica.

Os costumes são estabelecidos a partir de uma prática comum constante, evolutiva e fundada na consciência de sua obrigatoriedade (*opinio iuris*)³², que podem ser reconhecidos de duas diferentes formas: uma objetiva, outra, subjetiva. Vinculada à idéia de costume está a forma não escrita de sua expressão - um costume jurídico internacional prescinde de formalização para ser obrigatório (não é incomum convenções traduzirem costumes cristalizados), ou seja, a primeira destas formas de reconhecimento é subjetiva, que se contrapõe à forma objetiva. Segundo esta, um

costume pode ser expresso de forma escrita, materializados em tratados internacionais que ainda não entraram em vigor (ainda não se atingiu o número mínimo de ratificações e depósitos, ocorrência do prazo determinado para início de vigência). Este é o exemplo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que vigorava e costuma vigorar como costume internacional geral³³. Assim, quando um tratado positiva “costumes”, não se pode dizer seja este tratado uma fonte de direito internacional, pois falta-lhe a “autonomia”, princípio inerente às fontes de direito. Se o tratado deriva de um costume, a fonte da norma internacional é o costume, não o tratado.

Tomando como referência a alínea “b”, do artigo 38 do ECIJ, o costume internacional será aplicado como forma de uma prática geral aceita como sendo “direito”, donde se conclui que o referido artigo determina a aplicação de um “costume geral”, não necessariamente unânime, que obriga a todos os Estados, inclusive o não membros da ONU, característica que atribui ao direito internacional sua verdadeira base universal.

1. Fundamentos da obrigatoriedade do costume.

O costume internacional nasce das relações de um Estado com outros, atitudes determinadas por uma convicção de direito e aceita como tal pelo próprio Estado para o fim pelo qual foi adotado³⁴. O costume assim definido como uma prática comum, evolutiva, é reconhecido como um costume jurídico em razão de sua obrigatoriedade, elemento que o distingue, como dissemos, da cortesia (*comitas gentium*).

A justificativa da obrigatoriedade de um costume internacional parte da comprovação de sua existência (condições de existência: elemento material e psicológico) e de sua relação com questões jurídicas internacionais (elementos constitutivos). Pode-se afirmar que, assim como no direito interno, o costume no direito internacional é constituído por dois elementos que indicam os fundamentos de sua obrigatoriedade: elemento material (uso, prática e tempo) e o psicológico (convicção da obrigatoriedade deste uso - *opinio iuris*).

Duas são as correntes doutrinárias que procuram justificar a obrigatoriedade do costume internacional: a voluntarista e a objetivista (antivoluntarista).

Para os voluntaristas, entre os quais se alinham GROTIUS, BYNKERSHOEK, VATTEL e ROCHEL, o fundamento do costume está no consentimento tácito dos Estados. ROSSEAU lembra que esta doutrina clássica tem sido retomada pelas escolas positivistas alemã e italianas, defensores da teoria do costume-pacto. As críticas que se fazem a esta corrente apontam o enrijecimento do caráter evolutivo do direito consuetudinário e sua impropriedade para explicar a extensão das regras de direito costumeiro aos novos Estados. Exemplos da aplicação desta doutrina podem ser encontrados na jurisprudência norte-americana do fim do século XIX, tal como nos casos *Scotia*³⁵ (1871) e *Parquet Habana*³⁶ (1900). Na jurisprudência internacional, tem-se o julgamento do caso *Lotus* (1927) pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Outra crítica que pertinente mente se faz à corrente voluntarista parte do princípio de que a vontade só produz efeitos jurídicos quando existe uma norma anterior a ela que lhe confere este poder. Se há esta norma, o costume como expressão tácita não é fonte de direito, mas originário da fonte legal. A teoria geral do direito internacional reconhece que o costume, interno ou internacional, não é prova de norma jurídica, mas a fonte da norma que não existe sem o uso e a *opinio iuris*.

Noutra vertente, os objetivistas defendem o costume internacional como a expressão de uma regra objetiva, exterior e superior à vontade dos Estados³⁷. Foi com

base nesta premissa que surgiram a teoria da consciência jurídica coletiva e da consciência sociológica. De acordo com a *teoria da consciência jurídica coletiva*, defendida inicialmente por SAVIGNY, o fundamento do costume é a “consciência social do grupo” sobre o dever de respeitá-lo e cumpri-lo, conforme a razão (Le FUR) e o direito objetivo (DUGUIT e SCALLE), um conceito muito amplo e impreciso para fundamentar o costume. ROSSEAU, defensor da *teoria da consciência sociológica*, entende que a resposta que se procura sobre os fundamentos da obrigatoriedade do costume não está somente em uma solução jurídica, pois o costume, não é de se olvidar, é um produto da vida social que visa a atender as necessidades sociais, o que significa que surge de uma necessidade social e torna-se obrigatório em função desta necessidade (*opinio iuris vel necessitatis*).

2. Obrigatoriedade dos costumes: condições de existência.

Elemento material. Elemento psicológico.

O costume se estabelece pela união de certos elementos: um elemento que certifica sua existência, sua prática geral e sua uniformidade através do tempo; e outro elemento que atribui ao costume seu caráter eminentemente obrigatório entre os sujeitos do mesmo direito: a *opinio iuris*, ou a consciência de sua obrigatoriedade. Os primeiros elementos reúnem-se sob a denominação geral de *elementos materiais*; o segundo é considerado o *elemento psicológico* do costume.

2.1. Elemento material.

A base de validade de um costume está no *uso* e na *prática* de determinada conduta, de forma geral e constante ao longo do tempo. Desta expressão, permeadas por adjetivos vagos, surgem uma série de questionamentos que revelam as dificuldades de identificar se determinada conduta pode ser considerada um costume internacional: como se evidenciam os costumes? Qual a amplitude de uma prática geral? Qual o período de tempo necessário para a geração de um costume? Ainda que não encontremos respostas conclusivas para estas questões, a doutrina e a jurisprudência fornecem alguns elementos para a identificação do elemento material do costume. Vejamos.

2.1.1. Como se revelam os costumes?

Os costumes admitidos por um Estado podem se revelar de duas formas distintas: através das ações de seus órgãos exteriores, de acordo com seu ordenamento interno (Chefe de Estado, Chefe de Governo, Chanceleres, Diplomatas), ou através de seus órgãos internos (Parlamento, Governo e Tribunais).

Vale ressaltar, ainda, a opinião daqueles que defendem, em doutrina mais moderna, que o costume pode nascer da prática das Organizações Internacionais e até das atividades do indivíduo (empresas de direito público ou privado como, por exemplo, uma multinacional), mas somente quando esta atividade é assimilada ou, ao menos, tolerada pelo Estado³⁸ Não nos alinhamos com esta doutrina.

Os que defendem aquela opinião quanto às organizações internacionais fiam-se num exemplo extraído partir da interpretação e aplicação do artigo 27 da Carta da ONU, que “*assimilava a abstenção de uma grande potência ao voto negativo, constituindo, portanto, veto, a prática seguida tem sido a de considerar que a abstenção não equivale ao veto. E como parece generalizada a convicção da obrigatoriedade dessa prática, estamos perante um uso de uma organização internacional que dá lugar a um costume - aliás, costume contra legem.*”³⁹ Ora, atos praticados pelas organizações internacionais

intergovernamentais podem ser considerados como fontes de direito internacional somente quando de projetam para fora de sua estrutura organizacional, pois os atos praticados por uma organização internacional são autônomos em relação à vontade isolada de seus membros. Atos como os descritos no exemplo acima são de natureza interna, senão de *legislação interna supranacional*, para se atingir a finalidade da referida organização, não se configurando propriamente como um costume internacional.

No que se refere à afirmativa de que costumes podem surgir da prática dos indivíduos, com referência expressa à figura da empresas multinacionais, temos que tal assertiva carece de fundamentos no próprio direito internacional. Há duas teorias quanto ao regime legal que rege as relações entre pessoas jurídicas e o Estado: a primeira destas teorias afirma que estas relações são fundadas em regras de direito internacional, donde resulta, por exemplo, a aplicação da regra da imunidade de jurisdição a favor do Estado; a outra corrente, em sentido diametralmente oposto, defende que as relações jurídicas entre Estados e pessoas jurídicas dão-se fora do direito internacional⁴⁰. A despeito desta celeuma, é fato que empresas multinacionais são entes desprovidos de personalidade jurídica de direito internacional, portanto não são sujeitos de direito internacional, o que nos leva à conclusão, adotando com elastério interpretativo a doutrina de que costumes de estabelecem entre Estados (portanto entre sujeitos de direito internacional), não se pode admitir possa surgir um costume internacional a partir de atos entre Estados e entes privados desprovidos de personalidade jurídica internacional. Se há um costume, privado que seja, este não pode ser considerado um costume de direito internacional, ainda que concorra para isto a vontade do Estado, o qual, de per si, não pode produzir um costume internacional.

2.1.2 O uso e a prática reconhecidos na jurisprudência internacional.

No Capítulo II defendemos a idéia de que a jurisprudência e a doutrina não são fontes de direito internacional, mas meios auxiliares de sua verificação. Antes mesmo de discorrermos de modo específico sobre ambos, vale desde logo um bom exemplo jurisprudencial que corrobora este nosso posicionamento. A jurisprudência internacional tem se pronunciado de forma uníssona com a doutrina no sentido de afirmar que o uso e a prática de determinado costume deve ser geral e constante. No caso Haya de la Torre⁴¹, contenda julgada pela CIJ em 1951 e que envolvia o Peru e a Colômbia em questão de asilo diplomático, a constatação de existência de uma regra costumeira latino-americana demonstrou-se difícil, já que a prática invocada no julgado “*revelava tantas incertezas e contradições, tantas flutuações e discordâncias que não se podia dela tirar um uso constante, susceptível de servir como base de costume*”⁴².

Noutro caso julgado pela CIJ anos antes, o caso Corfu⁴³ (1949), admitiram-se alguns precedentes para reconhecer que determinada prática marítima (de passagem inocente) era geral e, portanto, susceptível de gerar costume.

2.1.3. Um costume ao longo do tempo.

A doutrina clássica de direito internacional ou interno afirma que um costume é uma prática reiterada ao longo do tempo...induzindo-nos a pensar sobre uma “tempo” que se estende por anos...décadas.

Esta idéia não é totalmente incorreta, merecendo somente alguns retoques. O fator tempo para a consolidação de um costume é bastante relativo. Os “longos períodos de tempo” para a consolidação de uma prática é expressão clássica de épocas em que os relacionamentos entre os Estados (até mesmo quando ainda não se falava de Estados)

não se davam de forma tão intensa e interdependente. Na Idade Contemporânea (período histórico compreendido entre a tomada de Constantinopla -1453 - e a Revolução Francesa - 1789), poucos Estados se lançavam à navegação, cumprindo aos primeiros Estados marítimos a extensão das primeiras regras costumeiras para navegação dos oceanos, que se baseavam nas seculares regras de navegação dos mares semi-fechados e fechados que serviam à Europa e África Setentrional. Veja-se que se falava em regras “seculares” que foram ganhando amplitude, tornando-se gerais e usuais no mesmo ritmo em que outros Estados se lançavam à navegação. Alguns costumes, por exemplo, fundados numa consciência universal de “bem comum”, surgiram com a navegação: é o caso do repúdio à pirataria. Os costumes tornaram-se mais intensamente reconhecidos à medida que se estreitavam e multiplicavam os interesses comuns dos Estados em processos lentos e gradativos.

Nos tempos modernos, apesar de os costumes tenderem a dar espaço para as normas convencionais, a aferição de sua existência pode considerar um espaço relativamente curto de tempo. Um bom exemplo disto é a questão do espaço aéreo, que surgiu com os primórdios da aviação e anos mais tarde já era considerado costume e direito consuetudinário. Outro exemplo que corrobora a relatividade do fator tempo para a formação do costume é encontrado na solução das questões envolvendo plataformas continentais. Em 1945, Truman reivindicou para os Estados Unidos o direito de exploração e pesquisa de toda a plataforma continental para além das águas territoriais americanas, no que foi seguido por inúmeros outros Estados. Este costume foi codificado em 1948 na Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental, apenas três anos depois.

2.1.4. A amplitude dos costumes: os costumes universais e regionais.

Ao longo desta exposição já se determinou os agentes estatais que revelam os costumes a relatividade do fator tempo para sua formação e reconhecimento, elementos que tendem a comprovar, *in fine*, a própria existência de um costume internacional e dos fundamentos de sua obrigatoriedade.

Os costumes, em sua amplitude, ou seja, em sua abrangência, podem ser classificados como costumes *universais* - que tendem a representar uma prática universal - e *regionais*, que envolvem um número limitado de Estados e se torna obrigatório somente entre estes que lhe deram origem, apesar da dificuldade relatada pela jurisprudência internacional de seu reconhecimento.

Costumes universais não oferecem maiores dúvidas sobre sua aplicabilidade, afinal são costumes reconhecidos por todos os Estados como obrigatórios, tais como o pedido de permissão para transposição territorial, fundado no universalmente reconhecido direito à soberania. Já os costumes regionais, também denominados de “locais”, de identificação não menos dificultosa que os universais, têm sido reconhecidos pela jurisprudência e doutrina internacionais, a exemplo do caso sobre direito de passagem entre Portugal e Índia⁴⁴, julgado na CIJ em 1960, no qual se reconheceu, também, a possibilidade de estabelecimento de costume em sentido contrário em razão da desobediência recíproca a costumes preestabelecidos (costumes “contra legem”).

Há também de se considerar os chamados costumes por omissão, intrinsecamente ligados aos atos unilaterais dos Estados, pois tem origem na falta de protesto de um Estado (ou de Estados) contra determinada prática de outro Estado. Sem o protesto, o reconhecimento de um costume torna-o obrigatório para aqueles que

concorreram para sua formação. Um exemplo de costume regional formado por omissão está no caso Noruega v. Inglaterra, julgado em 1951 na CIJ, e que envolvia direitos sobre pescarias. A ação positiva da Noruega, ao estabelecer o limite de seu mar territorial, e a abstenção da Inglaterra sobre o assunto (sobre o qual tinha conhecimento e, portanto, não podia negar tal situação), deu lugar ao reconhecimento de um costume que vigorava somente entre estes dois Estados.

2.2.O elemento psicológico.

O segundo elemento que compõe o fundamento da obrigatoriedade de um costume internacional é o *elemento psicológico*, a convicção de obrigatoriedade do costume (*opinio iuris*).

Destaca ROSSEAU⁴⁵ que o elemento psicológico passou a ser reconhecido somente com o advento da Corte Permanente de Justiça Internacional (1920); antes disto as arbitragens internacionais contentavam-se somente com a aferição do elemento material; com certa razão, pois o elemento político do direito internacional dificulta a averiguação da *opinio iuris*.

Dentre críticas que sofre o elemento psicológico, destaca-se o posicionamento lógico-normativista de GUGGENHEIM: se o agente acreditava agir em conformidade com o Direito (*opinio iuris*) ou já havia uma norma que ditava o direito, então o costume não é fonte de direito internacional; ou não havia norma, então agia contra o direito. GUGGENHEIM, ao lado de GROTIUS, BYNKERSHOEK, VATTEL E ROCHEL, entende que o fundamento do costume está no consentimento tácito dos Estados (teoria voluntarista), representado somente em elementos materiais. Partidários da teoria da consciência sociológica, entendemos, assim como ROSSEAU, que o costume é um fenômeno sociológico, lento e progressivo, que não pode ser apreendido pelos quadros formais do normativismo. Somente através do elemento psicológico se pode diferenciar um costume internacional⁴⁶.

Capítulo V

Os princípios gerais de direito internacional

Para a classificação das fontes de direito internacional elencadas no artigo 38 do ECIJ vimos aplicando a distinção estabelecida na Convenção XII da Haya, de 1907, na qual os *princípios gerais de direito* foram classificadas como “fontes subsidiárias” de direito internacional, ao lado das fontes principais - convenções e costumes.

Num excelente trabalho publicado na revista do Núcleo de Estudos de Controvérsias Internacionais - NECIN - da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenado pelos professores Araminta de Azevedo MERCADANTE e José Carlos de MAGALHÃES, o pesquisador e professor Luis Fernando FRANCESCHINI da Rosa⁴⁷ apresenta um estudo sobre o tratamento jurisprudencial dos princípios gerais de direito em suas várias formas, dependendo da corrente doutrinária escolhida para definição do fundamento do direito internacional. FRANCESCHINI identificou duas correntes distintas: a primeira delas, referendada em KELSEN, ANZILOTTI e SCHELLE, colocam em dúvida a própria existência de princípios gerais de direito reconhecidos por nações civilizadas, seja pela imprecisão do termo político “civilidade”, seja pelo desconhecimento do número satisfatório para fazer de um princípio de direito reconhecidamente internacional. Para estes autores, os princípios gerais de direito derivavam dos costumes; na outra vertente, aliados a VERDROSS, estavam aqueles que

defendiam os princípios gerais de direito como um conjunto de princípios reconhecidos e presentes nos ordenamentos nacionais, entre os quais se deveriam distinguir quais princípios tomariam a qualidade de princípios genuinamente internacionais, subsidiariamente aos tratados e costumes.

Em resumo, discute-se, tal como propunha ANZILOTTI, se os princípios gerais de direito são simples fontes de decisão ou regra geral para as relações internacionais, independentemente das razões de sua produção: se derivada de um consenso internacional expresso no ordenamento interno dos Estados.

Em nossa opinião, os princípios gerais de direito internacional são a quintessência do direito internacional, representativos de toda uma evolução histórica, política, econômica, jurídica e social da comunidade internacional em torno de princípios universalmente reconhecidos por todos os “povos” (assim denominados na Carta da ONU); não somente aqueles princípios expressamente reconhecidos por um certo número de Estados, mas também aqueles cuja existência prescinde de reconhecimento, como idéias jurídicas gerais aplicáveis às relações entre Estados⁴⁸.

As celeumas doutrinárias sobre a função dos princípios gerais de direito como fonte de direito internacional tiveram origem ainda na redação do artigo 38 da CPJI, tendo sido retomadas na convolação desta Corte na CIJ. As teorias de KELSEN e VERDROSS⁴⁹ eram amplamente debatidas. Conta VERDROSS que ANZILOTTI, partidário de KELSEN, participou da Comissão que cuidou da redação do artigo 38 do ECIJ, o que nos leva a crer que ele não podia negar ter se valido a Comissão de estudos sobre princípios gerais de direito contemplados nos ordenamentos internos dos Estados para a fixação primária de alguns princípios. Segundo VERDROSS, os estudos da comissão expressamente reconheciam como princípios gerais de direito, exemplificativamente, a boa-fé, a proibição de abuso de direito, *lex specialis derogat generalis*, à violação de direito corresponde o dever de indenizar⁵⁰; ao passo que os tribunais arbitrais, a CPJI e a própria CIJ tem aplicado princípios gerais de direito sem os invocar expressamente, tal é o caso do princípio da coisa julgada, prova indireta, do princípio da humanidade, do *inadimplete non est inadimplendum*, da vedação do enriquecimento sem causa⁵¹, do dever de justa indenização na desapropriação. Uma vez previstos na alínea “c” do art. 38 do ECIJ, os princípios gerais de direito obrigam em caráter geral.

1. Alguns exemplos da aplicação extrajudicial de princípios gerais de direito.

De larga data os tribunais arbitrais fundamentam suas sentenças não só no direito consuetudinário ou tratado, mas também em princípios de direito universalmente reconhecidos; não apenas princípios concordantes entre Estados, mas também aqueles princípios que lhes servem de fundamento. Como fundamento do próprio Estado, os princípios gerais de direito internacional, obrigatórios em caráter geral, desempenham também um papel de coordenação das relações entre os Estados, por vezes determinando a aplicação de determinadas medidas e assunção de determinadas posições que não estão, necessariamente, vinculadas a uma atividade jurisdicional de um órgão para-estatal como a CIJ.

No âmbito da ONU, sob a égide da Carta das Nações Unidas, a aplicação e interpretação de princípios gerais de direito internacional vem provocando uma verdadeira revolução em conceitos basilares do direito internacional, provocando fortes movimentos renovadores na estática estrutura deste mesmo direito.

Os novos desafios da Comunidade Internacional não encontram resposta nos tradicionais sistemas de solução de controvérsias; a função meramente “reparadora” dos órgãos jurisdicionais internacionais não responde a questões que exigem medidas imediatas e eficazes para a efetiva proteção dos interesses da Comunidade. Os problemas não se resumem mais a reparação de direitos, mas à sua própria preservação. Assim, a proteção aos Direitos Fundamentais do Homem tem ganhado prestígio nas últimas décadas, bem como a preservação do Meio Ambiente Global⁵².

Na linha de proteção de Direitos Fundamentais do Homem, a Assembléia Geral da ONU aprovou em 1991 a intervenção militar contra o Iraque - Guerra do Golfo - que havia ocupado o Kuwait e empreendia desumana caça à minoria curda ao norte de seu próprio território. O fundamento da intervenção foi o direito de ingerência ou direito de intervenção. Casos semelhantes de intervenção militar da ONU por motivos humanitários foram vistos em 1992 na Bósnia-Herzegovina e na Somália, uma tese de intervenção humanitária que muito se assemelha àquela defendida há muitos séculos por FRANCISCO DE VITÓRIA, o fundador do direito internacional clássico.

2. O papel dos princípios gerais do direito na jurisprudência internacional.

Os princípios gerais de direito, a despeito da visão preventiva e norteadora do estabelecimento do próprio direito internacional que lhes imprimimos no final do tópico anterior, revelam-se, ainda que não lhes façam expressa referência, através da jurisprudência internacional.

Com especial referência ao direito brasileiro⁵³, os princípios gerais de direito são vistos como a *ultima ratio* para declaração de um direito que não é previsto no texto da lei, tampouco resolve-se nos costumes: uma lacuna. Uma idéia incorreta. Segundo a doutrina de VERDROSS⁵⁴, os princípios gerais de direito não têm o papel de evitar uma lacuna dos costumes e tratados, a idéia de aplicação dos princípios gerais de direito para a impossibilidade de julgar com base em tratados e costumes é insustentável. Isto porque o artigo 38 do ECIJ não faz referência expressa a um *non liquet*, portanto, admite-se a apreciação de questão não fundada em tratado ou costume, ainda que os princípios gerais de direito não sejam considerados fontes principais, mas subsidiárias. Tratados e costumes não esgotam o direito internacional, mas se complementam nos princípios gerais de direito, exercendo, também, função supletiva para interpretar princípios jurídicos internacionais duvidosos.

Quando não houver tratados ou costumes para indicar a solução de um litígio, diz VERDROSS, os princípios gerais de direito iluminam todo o ordenamento internacional.

Capítulo VI

A doutrina e a jurisprudência internacional.

Ao longo de nossa dissertação vimos insistindo que doutrina e jurisprudência não se enquadram como fontes imediatas de direito internacional. São, nos próprios dizeres do artigo 38 do ECIJ “*meios auxiliares para determinação de regras de direito*”. Doutrina e jurisprudência não tem caráter obrigatório ou vinculante no âmbito internacional: quanto a ela não vigora a regra do precedente, importada do sistema do *commom law*, e que se exprime pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere*. Sua função é a revelação das fontes de direito internacional, especialmente dos costumes.

Na principal Corte Internacional - a Corte Internacional de Justiça (CIJ) - o cuidado de escolha de seus juizes, dentre grandes expoentes do direito internacional, tem impingido às suas decisões um importante caráter doutrinário que, inegavelmente, influencia outros doutrinadores não menos importantes em todo o mundo.

Este posicionamento de relegar à doutrina e jurisprudência, especialmente a esta última, a simples função reveladora do direito, confronta diretamente com a doutrina de LORD RADCLIFFE e CAPPELLETTI, para quem não há dúvidas que da atividade judicial de interpretação de leis proporciona uma atividade de criação ou de renovação do conteúdo normativo⁵⁵. Para FRANCESCHINI⁵⁶, que adota a linha de pensamento de CAPPELLETTI, “a interpretação judicial do direito não só atualiza a norma como preenche suas omissões, num processo contínuo de criação.” Citando KELSEN, adverte: “a diferença (entre legislador e o juiz); e meramente quantitativa e não qualitativa, consistindo só no fato de a vinculação material do legislador ser muito menor que a do juiz, donde resulta que ele cria Direito com liberdade relativamente maior do que este. Mas o juiz também cria direito e possui um relativa liberdade em sua função. Precisamente por isso, a criação da norma individual do processo de execução da lei - com a qual se dá um conteúdo concreto ao âmbito da norma geral - é função da vontade”.

Não concordamos com esta posição. Permanecemos ao lado de ROSSEAU, SORENSEN, OPPENHEIM e outros clássicos que vêm na jurisprudência a simples análise do direito existente, seja convencional, consuetudinário ou inspirado em princípios gerais de direito.

Capítulo VII

A equidade

A equidade, assim como a jurisprudência e a doutrina, não é fonte de direito internacional, mas uma regra de aplicação de princípios de justiça aos casos concretos. É uma forma de resolução dos litígios, para atenuar os excessos do formalismo jurídico. No entanto, como adverte a própria redação do segundo parágrafo ao artigo 38 do ECIJ, uma decisão *ex aequo et bono* somente poderá ser dada com assentimento das partes.

O tratadista francês ROSSEAU⁵⁷ identificou três importantes papéis desenvolvidos pela equidade, apesar das muitas incertezas e contradições na literatura do direito das gentes e na jurisprudência internacional sobre a aplicabilidade da equidade em direito internacional:

1. A equidade como meio de atenuar a aplicação do direito, afastando as consequências excessivas do *summus ius summa injuria* (função *infra legem*).

2. A equidade como meio complementar de aplicação do direito, exercendo uma função moderadora e supletiva (função *praeter legem*), colmatando algumas lacunas do direito. ROSSEAU afirma que neste momento a equidade funciona como uma fonte subsidiária de direito (como um princípio de direito internacional, ao qual reconhece a função de colmatação de lacunas). Discordamos neste ponto de ROSSEAU, adotando a posição de VERDROSS que nega este caráter supletivo aos princípios gerais de direito. Contudo, mesmo negando a doutrina rosseauiana, a supletividade há de ser reconhecida, com a ressalva da discordância de seu paralelo argumentativo.

3. A equidade como meio de descartar a aplicação do direito. A última proposta de ROSSEAU aventa a possibilidade de uma decisão obtida por equidade afastar a

aplicação do direito (função *contra legem*). *Equidade* é, essencialmente, um conceito não jurídico, metafísico: justiça. A possibilidade de se atingir uma solução desta natureza, como indica a própria história das decisões judiciais internacionais, é muito remota, já que parte do princípio de que as partes deverão autorizar o juiz internacional a decidir *contra legem*, inserindo um elemento de insegurança e incerteza que desestimula a própria submissão do caso a estas condições.

Capítulo VIII

Atos jurídicos unilaterais dos sujeitos de direito internacional

Os atos jurídicos internacionais dos sujeitos de direito internacional, apesar de não constarem do rol do artigo 38 do ECIJ, são consagrados como fontes de direito internacional por costume e princípios gerais de direito. Fala-se em sujeitos de direito internacional, não simplesmente em Estados, tradicionais sujeitos de direito internacional, já que a moderna doutrina vem admitindo que atos de organizações internacionais intergovernamentais também sejam fontes de direito internacional.

Os atos unilaterais dos Estados começaram a chamar a atenção dos doutrinadores após a II GGM e em certa medida corresponde aos negócios jurídicos unilaterais do direito interno, como observa Manuel Diez de VELASCO⁵⁸. Através da atuação dos representantes dos Estados, estes atos contribuem para a formação do costume, para o qual servem de precedente, o que VELASCO apresenta como notório no Direito do Mar.

Assim como os Estados, as organizações internacionais realizam atos cujos efeitos se projetam para fora de sua estrutura organizacional, donde a necessidade de se identificar os atos que são fontes autônomas de direito internacional dos demais: os atos de legislação interna. A característica essencial dos atos autônomos está no fato de provirem de um único sujeito de direito internacional, de uma só parte e cuja validade independe de qualquer outra fonte. O caráter normativo destes atos tem sido reconhecido pela jurisprudência internacional, a exemplo dos casos Groenlândia Oriental (CPJI, 05.04.33), Portugal v. Índia (CPJI, 12.04.60) e Experiências Nucleares (CIJ, 20.12.74).

Na doutrina, os atos unilaterais dos sujeitos de direito internacional dividem-se em cinco categorias: *protesto*, *notificação*, *reconhecimento*, *renúncia* e *promessa*.

1. Protesto.

O protesto é o ato pelo qual um Estado dá a entender que não considera determinada situação como em conformidade ao Direito. Para VERDROSS é uma declaração que nega a legitimidade de uma determinada situação.

Por outro lado, a jurisprudência é rica em exemplos nos quais um determinado Estado deixa de realizar um protesto, mantendo-se em silêncio, donde podem decorrer algumas consequências jurídicas. Como o silêncio puro e simples não significa reconhecimento algum, a formulação de um protesto só é necessária quando, segundo a situação correspondente, cabe esperar por uma tomada de posição⁵⁹. Mas sendo caso de protesto, a omissão, o silêncio dá lugar ao reconhecimento (estoppel)⁶⁰.

2. Notificação.

A Notificação é uma comunicação de um sujeito de direito internacional faz a outro sobre determinado fato ou ato que tomou, do qual decorrem determinadas

consequências jurídicas (“notificação de ocupação, de estado de guerra”). Por ser preceptiva (obrigatória) ou livre (facultativa).

3. Reconhecimento.

Através do reconhecimento se admite como legítimo um determinado estado de coisas ou determinada pretensão. É o inverso do protesto. O Estado que o faz não pode negar a legitimidade do que reconhece.

4. Renúncia.

A renúncia é declaração através da qual se abandona uma pretensão. É ato jurídico unilateral, irrevogável e extintivo do direito do sujeito de direito internacional. A renúncia somente será fonte de direito internacional quando sua validade não dependa da vontade de outro Estado, o que exclui renúncias convencionais, resultantes de tratados. Por esta razão, não se inclui entre as formas de renúncia a *denúncia*, exatamente por lhe faltar a característica da autonomia.

5. Promessa.

A promessa é uma declaração dirigida a um ou mais sujeitos de direito internacional de obrigar-se a um determinado comportamento. VERDROSS adverte que as promessas devem se distinguir das *simples comunicações*, assinalando que também são promessas (obrigação jurídica internacional) os tratados com carga a somente uma das partes, como as declarações (assurance) tomadas pela Sociedade das Nações, Albânia, Finlândia, Estônia, Letônia, Lituânia e Iraque sobre proteção de minorias.

Também é declaração unilateral obrigatória a notificação da lei austríaca de neutralidade, as quais tem sido consideradas como tal pela CPJI no caso Groenlândia e no tratado de Londres de 08.09.45 sobre castigo a criminosos de guerra.

6. Elementos comuns aos atos unilaterais dos sujeitos de direito internacional.

Fixados os limites de cada um dos cinco atos unilaterais dos sujeitos de direito internacional, pode-se destes extrair elementos comuns que os caracteriza: a) são manifestações unilaterais que produzem efeitos jurídicos na esfera internacional; b) são autônomas - requerem recepção, mas não aceitação, pois produzem efeitos jurídicos assim que recebidas; c) por não terem exigências formais podem ser expressos, tácitos ou implícitos; d) não sendo formais, não há o dever de registro (art. 102 da Carta da ONU), embora haja atos unilaterais registrados: declaração egípcia de 24.04.57 relativa ao Canal de Suez⁶¹.

7. Organizações Internacionais.

Alfred VERDROSS, num célebre curso na Academia da Haia em 1929⁶², dizia que os atos unilaterais das organizações internacionais compunham o que denominou de “Direito das Organizações Internacionais”.

São fontes de direito internacional os atos autônomos das organizações internacionais intergovernamentais, cujos efeitos, produzidos para fora de sua estrutura organizacional, prestam-se a regular as relações jurídicas da Organização com os demais sujeitos de direito internacional.

Aqueles que criticam a que atos das organizações internacionais, em absoluto, não são fontes de direito internacional, apegam-se ao fato de que toda organização internacional tem fundamento num tratado, o que retiraria a autonomia de seus atos. Ora, o tratado não prevê o conteúdo dos atos, o que propicia às organizações

internacionais uma maior diversidade de conteúdo e de formas para seus atos. Quanto ao conteúdo, os atos das organizações internacionais dividem-se em: a) atos jurisdicionais (dos Tribunais); b) atos de administração interna (processual e pessoal); c) atos de funcionamento (relações internas das organizações internacionais e seus Estados Membros - nas agências especializadas da ONU - OTAN, EFTA, OCDE (organizações intergovernamentais) - os atos unilaterais apresentam-se sob a forma de resoluções, recomendações e decisões. Na ONU, especificamente, só são obrigatórias as decisões concretas (Conselho de Segurança, art. 24 e 25; Assembleia Geral em matéria financeira, art. 17, entre outros)⁶³.

8. Direito Comunitário.

Os fenômenos de integração econômica e política devem ser vistos com cuidados sob a ótica jurídica, especialmente do direito internacional. Nem tudo o que contempla o direito comunitário é “jurídico” ou “internacional”. A concepção de “direito internacional”, em razão de seu fundamento universal, não comporta a limitação ou a especialização, por exemplo, de princípios de direito próprios de um determinado grupo de Estados.

O direito comunitário é direito internacional? Não, mas o sujeito de direito internacional que surge da organização internacional de integração, detém capacidade e personalidade jurídica internacional para realizar atos, conexos ou unilaterais, que produzam efeitos jurídicos, fato que não confere, no âmbito interno da organização, caráter internacional a atos jurisdicionais ou de administração, ainda que se reportem diretamente a seus Estados membros.

Estes atos são considerados, com muita propriedade, como atos de “legislação internacional”, não são, pois, considerados fontes de direito internacional, haja vista o Estado, agindo através de uma organização internacional, não concorrer de forma autônoma para a criação do direito internacional.

Bibliografia.

1. Obras básicas:

ANZILLOTTI, “*Corso de Diritto Internazionale*”, 4ª ed., reimpressão, Pádua, 1964.

BERNHARDT, Rudolf, “*Customary International Law*”, in “*Encyclopedia of Public International Law*”, Amsterdã, Nova York e Tóquio, 1981-1990.

BRIGGS, Herbert W., “*The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*”, Nova York, 1944.

CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?*, Porto Alegre, 1993.

CARREAU, Dominique, “*Droit International*”, 2ª ed., Paris, 1988.

CUNHA, J. M. Silva, “*Direito Internacional Público*”, t. I, 4ª ed., Lisboa, 1987, e t.

II, 3ª ed., 1990.

FALK, Richard Anderson, “*International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order*”, in “*Temple Law Quarterly*” 1959, vol. 32, p. 295.

FAUCHILLE, Paul, “*Traité de Droit International Public*”, 8ª ed., Paris, 1922, t. I, 1ª

parte.

FROWEIN, “*Jus Cogens*”, in “*Encyclopedia of Public International Law*”, tomo 7, Amsterdã, Nova York e Tóquio, 1981-1990.

GRENN, L. C., “*International Law through Cases*”, 3ª ed., Londres, 1970.

- HOLLOWAY, K., *“Modern Trends in Treaty Law”*, Oxford, 1967.
- HORVATH, G., *“The Validity of Executive Agreements”*, in *“Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht”* 1979.
- KELSEN, Hans, *“Teoria Pura do Direito”*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- LACHS, *“Le développement et les fonctions des traités multilatéraux”*, in *“Recueil de Cours”*, Academia de Direito Internacional da Haia, 1957, II, p. 233.
- QUADROS, Fausto & PEREIRA, André Gonçalves, *“Manual de Direito Internacional Público”*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1995.
- RANGEL, Vicente Marotta, *“Direito e Relações Internacionais”*, 5ªed., São Paulo, 1997.
- RODAS, João Grandino, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1974.
- ROSA, Luis Fernando Franceschini da, *“Jurisprudência e Princípios Gerais de Direito Internacional”*, in *“Solução e Prevenção de Litígios Internacionais”*, publicação do Núcleo de Estudos de Controvérsias Internacionais - NECIN, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Projeto CAPES, coordenado pelos Professores ARAMINTA DE AZEVEDO MERCADANTE e JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, p. 151.
- ROSSEAU, Charles, *“Droit International Public”*, t. I, Paris, 1970.
- SCHWARZENBERGER, Georg, *“A Manual of International Law”*, 5ª ed., Londres, 1967.
- SORENSEN, *“Les Sources du Droit International”*, Copenhagen, 1946.
- _____, *“Les Principes du Droit International Public”*, 101 HR, 5, 1960.
- OPPENHEIM, L. *“Tratado de Derecho Internacional Publico”*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1961.
- VELASCO, Manuel Diez de, *“Instituciones de Derecho Internacional Publico”*, Madrid, 1985-1990.
- VERDROSS, Alfred, *“Derecho Intenacional Publico”*, Biblioteca Jurídica Aguillar, 5ª ed., 1967.
- VIRALLY, M., *“Réflexions sur le “jus cogens”*, in *“Annuaire Français du Droit International”* 1966.
- VON LIZST, Franz, *“Das Völkerrecht”*, Berlim, 1925.

2. Outras obras:

- “International Legal Materials”*, coletânea de documentos da *American Journal of International Law* (AJIL): Sentença DUPUY, caso Texaco/Calasiatic v. Líbia: ILM, 1978, p. 1/37.
- “Recueil de Cours”*, da Academia de direito Internacional da Haia.
- “Revue Critique du Droit International Privé”*, 1982: Convenção do Banco Mundial sobre Resolução das Diferenças Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados: caso Agip v. Congo.

¹ Sobre o conceito de direito internacional e suas origens ver: FAUCHILLE, Paul, “*Traité de Droit International Public*”, 8ª ed., Paris, 1922, t. I, 1ª parte, p. 4 e segs; VON LIZST, Franz, “*Das Völkerrecht*”, Berlim, 1925; ANZILLOTTI, “*Corso de Diritto Internazionale*”, 4ª ed., reimpressão, Pádua, 1964; ROSSEAU, Charles, “*Droit International Public*”, t. I, Paris, 1970; SCHWARZENBERGER, Georg, “*A Manual of International Law*”, 5ª ed., Londres, 1967; CUNHA, J. M. Silva, “*Direito Internacional Público*”, t. I, 4ª ed., Lisboa, 1987, e t. II, 3ª ed., 1991; OPPENHEIM, L. “*Tratado de Derecho Internacional Publico*”, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1961; DE QUADROS, Fausto & PEREIRA, André Gonçalves, “*Manual de Direito Internacional Público*”, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1995; VERDROSS, Alfred, “*Derecho Intenacional Publico*”, Biblioteca Jurídica Aguillar, 5ª ed., 1967; SORENSEN, “*Les Sources du Droit International*”, Copenhagen, 1946; VELASCO, Manuel Diez de, “*Instituciones de Derecho Internacional Publico*”, Madrid, 1985-1990.

² Dois exemplos concretos deste reconhecimento é a Convenção sobre Genocídio de 1948 e a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1945.

³ Esta é a posição, por exemplo, de CHARLESROSSEAU *et al* e de SCHWARZENBERGER *et al*, que asevera: “*International law is the body of legal rules which apply between sovereign States and such other entities as have been granted international personality.*”

⁴ L. OPPENHEIM (op. cit., p. 24 e segs.) alerta sobre a distinção entre fonte e causa do direito. Para o ilustre tratadista, das fontes surgem os direitos, independentemente das causas que os forjaram. Usando a figura de uma nascente d’água, adverte OPPENHEIM que as fontes correspondem ao seu nascedouro, à água que brota da terra; as explicações das causas da nascente ou do curso d’água, portanto, não se confundem com suas fontes (v. nota 6 infra).

⁵ As ciências matemáticas fundam-se em verdades absolutas - os chamados teoremas - regras científicas fundamentais que encerram, no seio da própria Matemática, toda sua fundamentação. Um bom exercício para se confrontar um teorema matemático com a teoria da norma fundamental, defendida por Hans KELSEN e Norberto BOBBIO, pode ser extraído da seguinte observação: tomemos o teorema que enuncia que as retas paralelas encontram-se num ponto no infinito. Para a matemática este enunciado, que está na base da ciência, basta para fundamentar tudo que sobre ela foi erigido, posto que não se buscam além do teorema, horizontalmente fundado em outros teoremas, verdades que fogem à ciência matemática. Na mesma perspectiva do teorema matemático, a norma fundamental nada mais é que aquele ponto infinitamente distante para o qual convergem todas as normas, um ponto cujo fundamento (se não horizontal) não encontra explicação no Direito.

⁶ Op. cit., p. 27/28.

⁷ Assim como SORENSEN *et al*, não consideramos a doutrina, a jurisprudência nem a equidade como fontes de direito internacional, sequer como fontes subsidiárias. Nossas observações sobre o tema serão lançadas, oportunamente, nos Capítulos VIII e IX adiante.

⁸ ROSSEAU, op. cit., p. 27/28.

⁹ FALK, Richard Anderson, “*International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order*”, in Temple Law Quaterly, 1959, vol. 32, p. 295. O Professor Falk apresenta em seu artigo um debate sobre o conceito horizontal e vertical da ordem legal internacional. No entender de Falk, a ordem internacional é essencialmente horizontal, de coordenação entre Estados, diferentemente da ordem interna, onde prevalece a hierarquia entre instituições, com o poder verticalizado e centralizado na figura do Estado.

¹⁰ O questionamento sobre a existência de um Direito Internacional Constitucional, portanto sobre um hierarquia entre os ordenamentos constitucionais estatais e o direito internacional, é marcante nos internacionalistas europeus. Ora, se o Direito Internacional é composto por regras que obrigam a todos os Estados, não pode ceder às Constituições, e mais, se o Direito Internacional é cogente - *ius cogens* - se é imperativo para o Estado, não pode ceder às Constituições (teoria monista com prevalência do direito internacional). Sobre as teses acerca da existência do Direito Internacional Cosntitucional (*ius cogens*) ver: CARREAU, Dominique, “*Droit International*”, 2ª ed., Paris, 1988; FROWEIN, “*Jus Cogens*”, in “*Encyclopedia*”; VIRALLY, “*Réflexions sur le “jus cogens”*”, in “*Annuaire Français du Droit International*,” 1966, p. 5; RODAS, João Grandino, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1974, p. 125; QUADROS & PEREIRA, op. cit., p. 277.

¹¹ Embora o artigo 13 da Carta da ONU preveja que : “*I. A Assembléia Geral promoverá estudos e recomendações destinados a : a) Promover a cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e sua codificação; (...)*”, que seria um primeiro passo para a universalização do direito internacional (RANGEL, Vicente Marotta, “*Direito e Relações Internacionais*”, 5ªed., São Paulo, 1997, p. 36 e 37).

¹² A redação que emprestamos ao artigo 38 foi aquela dada pelo Prof. Marotta RANGEL (op. cit., p. 79). Vale anotar, também, que a Corte Internacional de Justiça é resultado da incorporação, em 26 de junho de

1945, da Corte Permanente de Justiça Internacional, criada em 16 de dezembro de 1920, à Carta das Nações Unidas. O resultado desta incorporação, por assim dizer, foi a copilação do Estatuto da CPJI para a CIJ, mantendo-se grande maioria de suas disposições.

¹³ Cf. VERDROSS, *op. cit.*, p. 89 e ss.

¹⁴ Esta não é a posição de OPPENHEIM (*op. cit.*, p. 33, nota 28) que cita como referência direta à jurisprudência como fonte de direito internacional o artigo 1º do Código Suíço, no qual se dispõe que o juiz, na ausência de disposição legal aplicável, se pronuncie com base no direito consuetudinário ou segundo as regras que ditaria se fosse o legislador. O mesmo pode ser dito em relação à opinião de Lord RADCLIFF, CAPELLETTI e FRANCESCHINI, mencionadas no Capítulo VI deste estudo.

¹⁵ As justificativas desta posição doutrinária serão descortinadas mais adiante nos capítulos específicos: Capítulo VI - Jurisprudência e doutrina; Capítulo VII - Equidade.

¹⁶ Sobre a teoria das fontes de Direito Internacional em geral v. também : SORENSEN *op. cit.*, p 149, com extensa referência bibliográfica); OPPENHEIM, *op. cit.*, p. 24 e segs.; VERDROSS, p. 89 e ss.

¹⁷ A CIJ tem encontrado normas de direito internacional surgidas através de processos de criação dificilmente reconduzíveis a qualquer uma das alíneas do art. 38, normas derivadas da ação unilateral dos sujeitos de direito internacional, abrangendo atos jurídicos unilaterais dos estados e das organizações internacionais.

¹⁸ Há tratados que regulam o Direito dos Tratados: Convenção de Havana sobre Tratados de 1929, a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em matéria de tratados (23.08.78) e a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (20.03.86), ambos ainda não em vigor, por isso considerados pela doutrina como costume internacional.

¹⁹ Le développement et les fonctions des traités multilatéraux”, in “Recueil de Cours”, Academia de Direito Internacional da Haia, 1957, II, p. 233.

²⁰ Cf. QUADROS & PEREIRA, *op. cit.*, p. 169.

²¹ Cf. SORENSEN, *op. cit.*, p. 155.

²² Sobre estes tratados escreveu VERDROSS/SIMMA, P. WEIL, D. BERLIN, J. STOLL, VAN HECKE, J.F. LAFIVE, DAVID IJALAYE e NGUYEN QUOC, in QUADROS & PEREIRA, *op. cit.*, p. 181, nota 2.

²³ *Op. cit.*, p. 157.

²⁴ *Op. cit.*, p. 182.

²⁵ SORENSEN, “Les Principies du Droit International Public”, 101 Hr, 5, 1960.

²⁶ HOLLOWAY, K., “Modern Trends in Treaty Law”, Oxford, 1967., p. 7.

²⁷ *Op. cit.*, p 185.

²⁸ Sobre acordos em forma simplificada ver: HORVATH, G., “The Validity of Executive Agreements”, in “Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht” 1979, p. 105. Ver também nota 30 infra.

²⁹ Artigo 5º da Convenção de Havana sobre Tratados, assinada em Havana, Cuba, em 20.02.29 e ratificada pelo Brasil em 30.07.29 (promulgada em 12.12.29), determina: “Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado” (in RANGEL, Vicente Marotta, *op. cit.*, p. 291).

³⁰ Cf. SORENSEN, *op. cit.*, p. 159.

³¹ No caso Estados Unidos v. Nicarágua, julgado pela CIJ em 27.06.86, após o exame de tratados e costumes, a Corte decidiu pela aplicação de normas consuetudinárias acolhidas na carta da ONU.

³² Fixa-se assim as características do costume que, segundo ROSSEAU, são as seguintes: *prática comum* (repetição uniforme de atos da vida internacional); *prática obrigatória* (é direito); *prática evolutiva* (a velocidade das mudanças sociais não são acompanhadas pela alteração dos costumes).

³³ BERNHARDT, *Customary International Law, Encyclopedia*. p. 61 e segs.

³⁴ ROSSEAU, *op. cit.*, p. 95/96.

³⁵ The Scotia, Suprema Corte dos Estados Unidos, 1871, in “*The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*”, edited by Herbert W. BRIGGS, NY, 1944, p. 26. O caso tratou da colisão entre o navio americano Berkshire e o navio inglês Scotia, provocado por erros de sinalização do Berkshire, decorrente da não observação de regras costumeiras de navegação (“regulations for preventing collisions at sea”) aceitas por numerosos Estados marítimos como regras de uso do mar, abrangidas por uma regra consuetudinária maior: *the law of the sea*. A aplicação do direito interno dos Estados envolvidos foi afastada, visto que a colisão ocorrera em alto mar. A justificar a aplicação da *law of the sea (law of nations)*, em certa altura diz-se: “*The question until remains, what was the law of the place where the collision occurred, and at the time when it occurred. Conceding that it was not the law of the United States,*

nor that of Great Britain, nor the current obligations of the two governments, but that it was the law of the sea, was it the ancient maritime law, that which exist before the commercial nations of the world adopted the regulations of 1893 and 1864, or the law changed after those regulations were adopted? That law is universal obligation, and no statute of of one or two nations can create obligations to the world. Like all the law of nations, it rests upon the commom consent of civilized communities.”

³⁶ The Parquet Habana. The Lola, Suprema cote dos Estados Unidos, 1900, BRIGGS, op., cit., p. 31. No final do século XIX os Estados Unidos estavam em guerra com a Espanha. Os navios pesqueiros Parquet Habana e Lola, de bandeira espanhola, exerciam atividades pesqueiras regulares nas costas de Cuba. Desconhecendo a guerra entre Estados Unidos e Espanha, os navios foram capturados sem resistência ou armas a bordo. Em 27 de abril de 1898 o comandante tentou uma ação para reaver sua carga confiscada como prêmio de guerra, bem como suas perdas e ressarcimento por danos. No julgamento na Suprema Corte, reviu-se a opinião de doutrinadores franceses, argentinos, ingleses, alemães, suícos, austríacos portugueses e italianos e se concluiu: *“The review of the precedents and authorities on the subject appears to us abundantly to demonstrate that at present day, by the general consent of civilized nations of the world, and independently of any express treaty or other public act, it is an established rule of international law, founded on considerations of humanity to a poor and industrious order of men, and of the mutual convenience of belligerent States, that coast fishing vessels, with their implements and supplies, cargoes and crews, unarmed, and honestly pursuing their peaceful calling of catching and bringing in fresh fish, are exempt from capture as prize of war...”*. A captura dos navios foi decalrada ilegal e injustificada, revertendo-se a sentença de primeiro grau (*Southern District of Florida*). Os votos divergentes (FULER, HARLAN e MCKENNA) entendiam que a prática de exceptuar navios pesqueiros inimigos de captura não se tratava de um direito internacional costumeiro, mas uma *regra de cortesia* que não havia sido autorizada pelo Presidente.

³⁷ Ponto em que esta corrente, no nosso entender, tangencia a tese daqueles que defendem a natureza cogente (*ius cogens*) do direito internacional.

³⁸ QUADROS & PEREIRA (op., cit., p. 160) não deixam claro se comungam do pensamento de BERNHARDT (op. cit., p. 61 e segs.), que expressamente defende esta posição sobre empresas multinacionais.

³⁹ QUADROS & PEREIRA, idem.

⁴⁰ Sobre acordos entre Estados e pessoas privadas estrangeiras: sentença Dupuy (caso Texaco/Calasiatic v. Líbia; ILM, 1978, p. 1/37; Resolução 1803, da Assembléia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1962; Convenção do Banco Mundial sobre Resolução das Diferenças Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (caso Agip v. Congo, “Revue Critique du Droit International Privé”, 1982, p. 92 e segs.); CARREAU, op. cit., p. 163 e segs.

⁴¹ Haya de La Torre Case, CIJ, 1951, L. C. GREEN, “*International Law through Cases*”, 3ª ed., Londres, 1970. Em 03.10.48 uma rebelião militar sem sucesso teve lugar no Peru, provocando o julgamento de seus líderes por crime de rebelião militar. Haya de La Torre, peruano e um dos líderes da rebelião, teve sua prisão decretada pelo Governo do Peru, fato que o levou a pedir asilo na embaixada colombiana em Lima. O embaixador colombiano informou ao governo peruano que havia concedido asilo diplomático a De La Torre em conformidade com o artigo 2º, § 2º da Convenção de Havana sobre Asilo de 1928, requerendo um salvo conduto para que De La Torre deixasse o Peru, pois de acordo com o enquadramento legal dado pela Convenção, o asilado deveria ser considerado refugiado político.

⁴² Dos termos finais da decisão proferida pla Corte extrai-se a seguinte passagem: *“The Court cannot therefore find that the Colombian Government has proved the existence of such custom. But even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Convention of 1933 and 1939, which were the first to include a rule concerninig the qualification of the offence in matters of diplomatic asylum.”* (L. C. GREEN, op. cit, p. 400).

⁴³ Corfu Channel Case, CIJ, 1949 (L. C. GREEN, op. cit, p. 254). Em 15.05.46 navios militares britânicos foram alvejados pela artilharia albanesa enquanto passavam pelo canal de Corfu, em águas territoriais albanesas. Em 22 de outubro daquele mesmo ano, dois outros navios militares britânicos colidiram com minas enquanto navegavam no mesmo canal, sofrendo severos danos e a morte de alguns de seus tripulantes. Estes fatos provocaram a inciativa do governo britânico de retirada das minas do canal e das águas albanesas, o que se deu em 12 e 13 de novembro de 1946, sem permissão da Albânia. Surgiu o conflito entre os dois Estados, restando ao Conselho de Segurança da ONU a orientação para que ambos sujeitassem o caso à jurisdição da CIJ. A questão principal levada à corte foi a colocação de minas, que se fez pelos alemães durante a II GGM, e a violação de soberania da Albânia pela Grã-Bretanha na retirada não autorizada das minas. A Corte decidiu pela responsabilização da Albânia no ressarcimento dos

prejuízos causados às naus britânicas, com base em direito costumeiro e convencional, bem como declarou a violação de sua soberania pela Grã-Bretanha.

⁴⁴Portugal v. Índia. (L. C. GREEN, *op. cit.*, p. 21). Desde a fundação de suas colônias na Índia, Portugal exercia o direito de passagem por território indiano para abastecimento e defesa de seus territórios - Goa, Daman e Diu. Procurando restringir este direito de passagem, constituído pela longínqua prática entre os dois Estados, a Índia não mais permitiu que armas e tropas portuguesas pudessem atingir os territórios de Daman e Diu a partir de Goa. No julgamento do caso a CIJ pronunciou-se pelo reconhecimento do direito (e poder) da Índia em regular o direito de passagem concedido a Portugal há séculos, já que desde 1953 os direito de passagem havia sendo constantemente violado sem protesto por parte de Portugal. A Corte decidiu: “*Historically the case goes back to a period when, and relates to a region in which, the relations between neighbouring States were not regulated by precisely formulated rules but were governed largely by practice. Where therefore the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the Parties as governing the relations between them, the Court must attribute decisive effect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a particular practice must prevail over any general rule.*”

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 95.

⁴⁶ QUADROS & PEREIRA, *op. cit.*, p. 167 e segs: “*Em resumo é imprescindível a opinio iuris para que surja o costume, mas como a averiguação é particularmente difícil, a CIJ tem seguido o critério de em princípio supor que a prática constante é acompanhada da opinio iuris. Assim, quando se defronta com um uso geral, constante e uniforme, presume estar perante um costume, a menos que lhe seja demonstrado que não existe convicção da obrigatoriedade mas que a prática resulta apenas de motivos de conveniência e oportunidade. Há assim uma espécie de presunção iuris tantum a favor da obrigatoriedade de uma prática geral, constante e uniforme. Notemos que não é uma presunção em sentido técnico, nem tem de ser sempre seguida, mas é apenas a forma prática pela qual a Corte normalmente se determina.*”

⁴⁷ “Solução e Prevenção de Litígios Internacionais”, publicação do Núcleo de Estudos de Controvérsias Internacionais - NECIN, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Projeto CAPES; coordenadores: ARAMINTA DE AZEVEDO MERCADANTE e JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES; artigo de LUIS FERNANDO FRANCESCHINI DA ROSA, “Jurisprudência e Princípios Gerais de Direito Internacional”, p. 151.

⁴⁸ Este posicionamento é mais bem compreendido a partir da idéia que permeia o termo *Law of Nations*, representativo de um direito internacional preponderantemente consuetudinário e principiológico. Na concepção do *Law of Nations*, costumes e princípios gerais de direito são institutos universalmente reconhecidos por todas as “nações civilizadas”, termo contemporaneamente traduzido por “nações soberanas”. Um exemplo desta universalidade é o repúdio ao tráfico escravo, ao genocídio, o que não nega o caráter essencialmente cultural e político para determinação dos princípios.

⁴⁹ Herbert W. BRIGGS, *op. cit.*, p. 48, assinala que os jusnaturalistas vêm no artigo 38 a aceitação da lei natural da filosofia e que a escola monista de VERDROSS reconhece no mesmo artigo não os princípios da lei natural, mas direitos positivados e aceitos no foro doméstico dos Estados civilizados, concluindo que o artigo 38 reconhece uma nova forma de *ius gentium* composto de regras que são a manifestação de requisitos elementares de justiça.

⁵⁰ Com fundamento em vários julgados da CPJI, Tribunais Arbitrais e Cortes Supremas de diversos Estados. V. exemplo do Caso Chorzow (Chorzow Factory case, CPJI, 1928; L. C. GREEN, *op. cit.*, p. 614): no curso do julgamento, ANZILOTTI asseverou que : “*It is a principle of international law that a reparation of a wrong may consist in a indemnity corresponding to the damage which the national of injured State have suffered as a result of the act which is contrary to international law.*”

⁵¹ Tribunal Administrativo da Sociedade das Nações: Caso *Schumann*.

⁵² Declaração do Conselho das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972; Declaração do Rio na Conferência de Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

⁵³ Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, (Decreto nº 4.657, de 04.09.42), art. 4º: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá por analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*”; Código de Processo Civil, art. 126, 127 e 335.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 98.

⁵⁵ MAURO CAPPELLETTI, *Juízes Legisladores?*, p. 55.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 155/156.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 108 e segs.

⁵⁸ *Instituciones de Derecho Internacional Publico*, Madrid, 1985-1990.

⁵⁹ Foi neste sentido a sentença arbitral de M. Huber, de 04.04.28, no caso Palmas (BRIGGS, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁰ Caso *Inglaterra v. Noruega* e caso *Lotus*, no qual se deu valor de consentimento à falta de protesto da França diante de preceitos relativos a competência penal da Turquia (BRIGGS, op. cit., p.287).

⁶¹ VERDROSS (op. cit.) apresenta um rol de atos que denomina de *atos unilaterais dependentes* - oferecimento e aceitação, a reserva e a submissão à CIJ (jurisdição), dos quais resultam iguais consequências jurídicas na esfera internacional.

⁶² In “Recueil de Cours”, vol. 53.

⁶³ Como não são unânimes os entendimentos, pode-se ter, por exemplo, resoluções obrigatórias e decisões que não o são, tal como ocorreu no Tribunal da Haia, Parecer de 21.06.71, caso Sudoeste Africano (Namíbia), no qual a Corte se pronunciou contra a doutrina dominante e reconheceu o caráter de decisão e uma intenção executória às resoluções da Assembléia Geral da ONU.