

**COMPREENDENDO A RACIONALIZAÇÃO TÉCNICA DAS RELAÇÕES
INTERNACIONAIS: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA A PARTIR DAS FONTES DO
DIREITO INTERNACIONAL**

**UNDERSTANDING THE TECHNICAL RATIONALIZATION OF INTERNATIONAL
RELATIONS: A CRITICAL PERSPECTIVE ON THE SOURCES OF INTERNATIONAL
LAW**

Yi Shin Tang¹

Instituto de Relações Internacionais
Universidade de São Paulo
São Paulo – São Paulo – Brasil

Resumo: No contexto do intrincado debate interdisciplinar que se coloca entre as Relações Internacionais e o Direito Internacional, o presente artigo explora a progressiva construção das fontes atualmente em vigor no direito internacional e as circunstâncias políticas de suas mutações ao longo da prática histórica dos Estados. Dessa forma, examina-se em que medida essas fontes contribuíram e tiveram êxito nos esforços de gradual formalização técnica das relações internacionais.

Palavras-chave: Direito internacional e relações internacionais. Fontes. Formalização do sistema internacional.

Abstract: In the context of the complex interdisciplinary debate between International Relations and International Law, this article explores the progressive construction of the sources currently in force under international law and the political circumstances of their changes throughout the historical practice of States. In particular, it examines the extent to which these sources have contributed and succeeded in the efforts for gradually achieving a technical formalisation of international relations.

Key-words: International law and international relations. Sources. Formalisation of the international system.

Recebido: 01/08/2017

Aprovado: 07/08/2017

Considerações Iniciais

Mesmo nos dias atuais, continua a ser pouco controverso que o Estado mantém sua posição de objeto central e a unidade comum de análise pelas principais teorias das Relações Internacionais. Neste sentido, independentemente da perspectiva analítica que se adote, o principal interesse dessa disciplina tem prevalecido em torno dos elementos e da figura do Estado, refletidos em suas ações e interações com outros Estados, bem como nos efeitos que seus atos produzem sobre os demais atores políticos, sempre com vistas a explicar os diversos padrões observados na política mundial contemporânea (HERZ, 1997).

De fato, o Estado permanece como fenômeno fundamental para praticamente todas as teorias positivas das Relações Internacionais, desde a escola realista clássica – mais bem

¹ ystang@usp.br

exemplificada pelas obras de Morgenthau (2005) e E.H. Carr (1940) –, passando pela escola neorrealista de Waltz (1979) até o chamado institucionalismo neoliberal, ilustrado por Keohane (1993; 1998). Em síntese, tais teorias não negam a existência de outros atores relevantes nas relações internacionais. Porém, o que se assume é que os Estados, bem como as assimetrias de poder existentes entre os mesmos, são tão importantes a ponto de tais atores serem sempre considerados no núcleo de qualquer pretensão explanatória (Mearsheimer, 2001). Mesmo as chamadas teorias críticas das Relações Internacionais – as quais desafiam os modelos existentes de poder social representados pelo Estado e sublinham o papel dos atores não-estatais – jamais ignoram o Estado como elemento central, seja porque almejam compreendê-lo como fenômeno político contemporâneo, seja porque pretendem alterar essa estrutura da realidade (Shapcott, 2008).

Ora, sendo a razão de Estado o fator central de compreensão das relações internacionais, tem permanecido como desafio fundamental para essa disciplina identificar as várias formas institucionalizadas pelas quais os Estados interagem entre si e limitam suas ações uns para com os outros (Byers, 2008). Nesse sentido, os diferentes meios pelos quais os Estados celebram acordos formais – encerram conflitos de modo procedimentalizado, criam obrigações e responsabilidades entre si, além de estabelecerem ambientes institucionais de convivência mútua – passam inevitavelmente a ser encarados sob uma perspectiva jurídica, isto é, em que medida são influenciados por normas de direito internacional público.

É justamente neste contexto que o tema das chamadas “fontes do direito internacional” adquire importância específica neste debate – isto é, o desafio de identificar, no plano das relações internacionais, quais fenômenos têm sido efetivamente reconhecidos pelos Estados como normas internacionais de caráter juridicamente vinculante e, portanto, capazes de constranger a ação estatal por meio de uma racionalidade técnico-formal (Shaw, 2014). Conseqüentemente, dentro do complexo debate que se coloca na relação entre as disciplinas das Relações Internacionais e do Direito Internacional, compreender a progressiva construção das fontes do direito internacional e suas limitações atuais surge como desafio fundamental para se determinar, analisar e criticar as formas pelas quais ocorre a contínua tecnicização e normatização das relações internacionais, diferenciando-a das demais formas de coordenação e regulação institucional das interações entre Estados e a sociedade internacional.

Com vistas a alcançar tais objetivos, o presente artigo propõe-se a explorar o problema das fontes do direito internacional por meio de três abordagens. Na primeira seção, serão discutidas as diferentes concepções teóricas de fontes e sua ascensão como mecanismo fundamental de racionalização técnica das relações internacionais. Na segunda seção, os diferentes tipos de fontes reconhecidos no direito internacional serão analisados de forma detalhada dentro de seu significado político e respectiva construção técnico-jurídica, particularmente a partir dos parâmetros conferidos

pelo Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em comparação com as práticas efetivas dos Estados perante a comunidade internacional e, especialmente, junto aos tribunais internacionais. Por fim, e como consequência da discussão anterior, a última seção endereçará as principais tendências e controvérsias sobre as chamadas fontes “fronteiriças” ou “nascentes”, além de apresentar algumas considerações finais sobre uma possível hierarquia entre as fontes atualmente invocadas no direito internacional.

1. As fontes como esforço de racionalização técnica das relações internacionais

A definição e instrumentalização do instituto das fontes no âmbito do direito internacional público têm sido historicamente permeadas por controvérsias teóricas, derivadas da própria natureza descentralizada do sistema internacional. Neste contexto, uma definição precisa de “fonte” passou a ser necessária a fim de se estabelecer critérios para identificar claramente se determinada regra deveria ser considerada como parte de um conjunto de dispositivos operantes com caráter jurídico (isto é, dotadas de uma obrigação formalmente irresistível e sancionável), bem como quais seriam os processos pelos quais novas normas de direito internacional emergiriam e tornariam as condutas dos Estados sujeitas a obrigações sancionáveis (DINH et al., 1999). Portanto, tal definição serviria para distinguir as fontes jurídicas de outras fontes de conduta estatal no plano internacional – a exemplo das chamadas fontes morais ou sociológicas, que apenas criam um senso de dever ético, e das fontes meramente funcionais, que constituem os meios pelos quais se acessam as normas jurídicas (tais como publicações, câmaras, bibliotecas, etc.) (DEKKER et al., 2003).

Contudo, mais do que um propósito meramente descritivo, a definição das fontes também se tornou importante na medida em que estas desempenhariam determinadas funções dentro do sistema internacional. Com efeito, Shaw (2014) compreende as fontes como um método distinto de descoberta e extração das normas jurídicas que permitem um grau mínimo de estabilidade no regime internacional, uma vez que determinam a forma pela qual tais normas passam a integrar legitimamente este sistema. Assim, as fontes do direito internacional atenderiam a três finalidades técnico-políticas. Em primeiro lugar, elas visam assegurar maior legitimidade quanto ao caráter jurídico de uma determinada norma e a consequente exigibilidade da conduta prescrita pela mesma. Segundo, elas serviriam para identificar os mecanismos institucionais necessários para se solucionarem as eventuais controvérsias em torno da validade e aplicabilidade de uma ou mais normas. Finalmente, as fontes contribuiriam para garantir que a ordem normativa internacional adquira um caráter mínimo de hierarquia e coerência interna, tornando o sistema mais previsível e estável para as relações internacionais.

Tais definições teóricas naturalmente enfrentaram alguns questionamentos importantes. Neste sentido, a falta de uma estrutura clara de poder legislativo, executivo ou judiciário, tal como

normalmente visto em sistemas domésticos, fez com que não houvesse um ente político claro e exclusivamente responsável pela criação de normas jurídicas, dificultando um reconhecimento unânime pelos Estados quanto ao caráter vinculante de uma potencial norma jurídica internacional (FITZMAURICE, 1956). Em particular, a ausência de um sistema judicial internacional propriamente dito, com jurisdição abrangente e obrigatória, somado a um cenário de constante conflito entre entes soberanos formalmente iguais entre si, porém materialmente desiguais, induziu a uma natureza anárquica do próprio direito internacional, dificultando severamente a tarefa de identificação e sistematização das fontes (MELLO, 2007).

Diante desses desafios, a busca pela definição de quais fontes seriam legítimas no direito internacional progressivamente abandonou o critério político-funcional e passou a recorrer a um modelo estritamente lógico-jurídico, ou seja, a partir de um consenso explícito entre Estados mediante tratado, o qual se encarregaria de estabelecer quais atos e fenômenos seriam, de forma necessária e suficiente, considerados como fontes do direito internacional. Consequentemente, uma posição minimamente pacífica sobre o tema passou a ser assegurada, não apenas por meio de tratado internacional, mas especificamente por meio do seu corolário mais importante: a Carta das Nações Unidas de 1945, que por meio do seu Artigo XIV incorporou integralmente o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) como Anexo. O Estatuto da CIJ emergiu como o parâmetro mais abrangente e incontroverso quanto à definição das fontes (CRAWFORD, 2012). Segundo o Artigo 38 do Estatuto, as fontes de direito internacional passaram a ser finalmente definidas como: a) as convenções, tratados e acordos internacionais; b) o costume internacional; c) os princípios gerais de direito internacional; e d) as decisões judiciais e os ensinamentos dos publicistas.

2. A dinâmica de construção e incorporação das fontes pela comunidade internacional

Uma vez que o Artigo 92 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça determina que a função estatutária da CIJ é decidir disputas conforme o direito internacional, bem como o fato de que o Artigo 93 da Carta das Nações Unidas torna todos Estados membros de fato da CIJ, as quatro fontes acima elencadas têm sido efetivamente consideradas como incontroversas no seu papel de formadoras de obrigações jurídicas internacionais, de tal forma a finalmente se estabelecer uma ampla sistemática de racionalização técnica das condutas dos Estados no pós-guerra (SCHWARZENBERGER, 1971). Contudo, mesmo essas quatro fontes têm sido objeto de fortes controvérsias quanto aos seus efeitos e alcances em função dos interesses políticos dos Estados. Por consequência, uma progressiva interpretação e construção pela comunidade internacional ainda se viu necessária de forma a acomodar tais conflitos, conforme será detalhado a seguir.

2.1. O costume internacional

O costume é um fenômeno tradicional de surgimento das regras de comportamento na sociedade dos Estados, e por si só gera obrigações jurídicas no âmbito do direito internacional. Para se entender a crescente importância dessa fonte no processo histórico de formalização racional-técnica das relações internacionais, é importante observar que, mesmo no âmbito doméstico, o costume social é amplamente aceito como forma de vinculação jurídica, uma vez que se caracteriza por se desenvolver naturalmente em um determinado grupo e ser mantido mediante pressões sociais e senso de legitimidade histórica, de tal modo a expressar autenticamente as necessidades e os valores de uma determinada comunidade em um ordenamento (BYERS, 1999). Do mesmo modo, a regra de costume tornou-se reconhecidamente uma fonte de direito internacional, ainda mais beneficiada pela sua natureza dinâmica e adequada a uma estrutura ausente de órgãos legiferantes centralizados no sistema internacional. Além disso, o costume tornou-se amplamente aceito como um importante indicador da prática e do comportamento dos Estados (D'AMATO, 1971; BAKER, 2010).

Por outro lado, o costume como fonte também se caracteriza por importantes desafios teóricos. Em primeiro lugar, fato é que o comportamento habitual dos Estados nem sempre reflete uma norma jurídica. Ademais, há o problema da ação contraditória interna dos Estados, que impedem uma identificação clara de tal suposto comportamento vinculante. Mais importante, porém, é que o valor do costume como fonte do direito tem sido cada vez mais questionado pela teoria e na prática. Embora autores como D'Amato (1971) e Akehurst (1975) insistam que a natureza dinâmica do costume torna-o a mais importante das fontes, na medida em que refletiriam as concepções da sociedade internacional, sua importância tem diminuído junto às práticas dos tribunais internacionais e da própria comunidade internacional, uma vez que ela não acomodaria rapidamente as evoluções do direito internacional e o aumento das atividades estatais sobre a esfera privada, além de ser incapaz de conciliar as diferentes tradições políticas e culturais do mundo (DE VISSCHER, 1968). No entanto, Dinh et al. (2003) entendem que tais críticas não procedem, pois o costume nem sempre requer longa gestação de uma determinada prática dita como obrigatória, tal como é o caso das regras de direito espacial e aéreo. De fato, o sistema de costume reflete uma estrutura de igualdade entre os Estados, e sua imprecisão na verdade seria vista como uma vantagem, na medida em que conferiria maior flexibilidade a um sistema inerentemente anárquico (ACCIOLY et al., 2011).

Justamente pela sua forte controvérsia conceitual e política, o costume passou a ser cada vez mais refinado do ponto de vista técnico, particularmente através de uma progressiva experiência prática dos tribunais internacionais. Dessa forma, atualmente o costume internacional passou a depender de dois elementos fundamentais para ter o seu caráter jurídico reconhecido. Conforme a decisão da CIJ no caso *North Sea Continental Shelf* (1983), o costume deve ser evidenciado “pela prática geral aceita como lei”, ou seja, deve haver: (i) uma evidência material de prática consistente

e reiterada pelos Estados; e (ii) um elemento de *opinio juris* por parte dos Estados, no qual estes claramente reconhecem o senso de juridicidade e obrigatoriedade efetiva do costume em questão.

Com relação ao primeiro requisito, a “prática” do Estado deve ser caracterizada pela sua uniformidade e consistência, princípio já consagrado pela CIJ no caso *Asylum* (1950) e que descarta o costume, se este for alegado em circunstâncias contraditórias e incertas. No mesmo sentido, a falta de prática uniforme na delimitação do mar territorial impediu a verificação do costume no caso *Fisheries* (1951). Por outro lado, a corte observou que tal requisito não implica que a prática deve ser exatamente conforme a regra, sendo os casos inconsistentes tratados como violação (e não descaracterização) do costume (caso *Nicaragua*, 1986). Não se exigiu, igualmente, qualquer critério temporal, de tal modo a assegurar que o direito internacional do espaço sideral e aéreo baseado em normas costumeiras ocorresse de forma relativamente rápida (REZEK, 2012).

O requisito formal da prática reiterada dos Estados pode ser ainda verificado de diversas outras formas. Evidências mais comuns são os atos administrativos, legislações internas, decisões judiciais e participação em tratados (tal como no caso *Arrest Warrant*, 2002). Atividades dos oficiais e de seus agentes, declarações oficiais e comunicados diplomáticos também são evidências de prática estatal. Mesmo o comportamento dos Estados perante resoluções de Assembleia Geral e do Conselho de Segurança da ONU são vistos como indicativos importantes, o que, inclusive, já foi reconhecido pela CIJ em opinião consultiva sobre a construção do muro na Palestina em 2004 (caso *Construction of a Wall*, 2004).

Com relação ao segundo requisito – a chamada *opinio juris* – trata-se da identificação de uma clara convicção por parte da comunidade internacional de que os Estados estão sujeitos a uma obrigação jurídica de se conduzir de determinada forma, de tal maneira que essa norma não pode ser confundida com um costume meramente social. Dessa forma, o requisito de *opinio juris* parece refletir um elemento fundamental de ligação entre a racionalidade técnica do sistema internacional (a existência de um dever jurídico irresistível) e a natureza eminentemente política das relações internacionais, uma vez que tal convicção somente poderia derivar do fundamento de que os Estados vinculam-se apenas às obrigações que consentirem (REZEK, 2012). No entanto, há quem identifique na *opinio juris* um sinal de importante fragilidade nos esforços de normatização das relações internacionais, uma vez que são os tribunais internacionais – e, portanto, a dinâmica política dos juízes – que efetivamente influem na determinação se um hipotético costume jurídico existe ou não, tornando a demonstração de intencionalidade dos Estados tecnicamente questionável (KELSEN, 1966).

Talvez seja por este motivo que a CIJ tenha historicamente assumido uma posição bastante conservadora neste contexto. Nos casos *Lotus* (1927) e *Nicaragua* (1986), a CIJ e a Corte Permanente de Justiça Internacional (predecessora da CIJ) adotaram um elevado padrão de prova

para se aceitar uma determinada regra como dotada de *opinio juris*. Em particular, a CIJ tem sido bastante reticente em aceitar o chamado “costume local”, isto é, aquele que vincula apenas dois Estados ou mesmo um pequeno grupo de Estados. No caso *Asylum* (1950), por exemplo, não se reconheceu a atribuição de asilo como um direito decorrente de um costume previamente existente entre os Estados-partes envolvidos na disputa (i.e. Colômbia e Peru), embora no caso *Right of Passage over Indian Territory* (1960) a CIJ tenha de fato reconhecido um costume bilateral de passagem entre Portugal e Índia.

2.2. Tratados internacionais

Tratados internacionais são acordos documentalmente formalizados entre dois ou mais Estados, por meio dos quais os mesmos efetivam negociações entre si, criam direitos e obrigações e estabelecem relações mútuas, incluindo o encerramento de conflitos armados, solução pacífica de controvérsias, aquisição e cessão de territórios, estabelecimento de áreas de livre comércio e de movimento de pessoas e criação de organizações internacionais. Sua terminologia é bastante ampla, podendo também ser chamados de Convenções, Pactos, Cartas, Estatutos, Declarações, etc., em que pese o Artigo 2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) os definirem estritamente como um “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

É praticamente pacífico na literatura que os tratados constituem a principal fonte do direito internacional, uma vez que eles literalmente evidenciam um consentimento expresso dos Estados em se submeter a obrigações formais irresistíveis (FITZMAURICE, 2010). Neste sentido, o seu impacto como formadores de normas jurídicas nas relações internacionais não apenas deriva da própria legitimação conferida pelos Estados pela via do costume, como sobretudo do seu reconhecimento como princípio geral de direito na figura do *pacta sunt servanda*, o qual declara que todo acordo validamente consentido entre Estados torna-se vinculante entre os mesmos e deve ser desempenhado de boa-fé (Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969). Justamente pela sua importância primordial na construção do sistema internacional, o tema dos tratados passou também a ser amplamente regulado por meio dos seus próprios instrumentos, refletindo em um marco jurídico composto pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) e pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais (1986), ambos os quais refletem o próprio direito costumeiro em grande parte de suas regras, sobretudo em relação às normas de interpretação, violação de tratados e alteração fundamental de circunstâncias.

A importância dos tratados no processo de formalização das relações internacionais decorre do papel que frequentemente desempenham como formadores de obrigações de caráter geral no direito internacional – isto é, da sua capacidade de vincular os Estados até mesmo além dos termos em que parecem ter originalmente consentido. Tais situações, geralmente tratadas pela literatura como “tratados legislativos” (“*law-making treaties*”), estabelecem obrigações gerais para os Estados, pois a sua observância não se restringe apenas a um dado momento, mas também para o futuro e a prazo indeterminado. Em contraste, a maior parte dos tratados não é dotada de tal caráter, uma vez que basta o cumprimento dos seus objetivos em um determinado momento para que se extinga definitivamente o seu caráter vinculante. Além disso, tais tratados de caráter legislativo exercem influência direta sobre o conteúdo e a estrutura do direito internacional geral, na medida em que criam normas que, em que pese visarem a originalmente governar uma conduta específica dos Estados-partes, acabam também por vinculá-los perante outros terceiros Estados não-partes do tratado. Neste sentido, um acordo que expresse uma obrigação com conotação universal (por exemplo, referindo-se a “*todos os Estados*”) é uma forte evidência de há uma intenção de se estabelecer uma norma geral entre os Estados (BRÖLMANN, 2005).

Crawford (2012) elenca diversos tratados em que tal fenômeno ocorre ao longo do processo histórico de formalização das condutas internacionais. A Declaração de Paris de 1856 (sobre neutralidade na guerra marítima), as Convenções de Haia de 1899 e de 1907 (sobre o direito de guerra e de neutralidade), o Protocolo de Genebra de 1925 (sobre armas proibidas), o Tratado Geral de Renúncia à Guerra de 1928, a Convenção sobre Genocídio de 1948, as quatro Convenções de Genebra de 1949 (sobre proteção de civis e outros grupos em tempo de guerra), e a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1982) são comumente vistos como exemplos de tratados legislativos. Além disso, os dispositivos da Carta das Nações Unidas que tratam de outros temas além da competência e funcionamento dos seus órgãos parecem ter natureza similar, sobretudo no que tange aos princípios gerais de conduta dos Estados estabelecidos no Artigo 2 dessa Carta.

E por qual razão os tratados – que do ponto de vista estritamente jurídico seriam vinculantes apenas às partes – são capazes de formalizar amplos regimes de obrigações no sistema internacional? Há provavelmente duas causas principais, de natureza tanto jurídica como política. Do ponto de vista político, a combinação entre o número de Estados signatários e o caráter declaratório observado nessas regras parecem conjuntamente contribuir para que um determinado tratado acabe gerando um efeito vinculante geral (MCNAIR, 1961). Já sob o aspecto puramente jurídico, tal efeito pode simplesmente derivar da aceitação explícita ou implícita por Estados não-partes de que tal tratado representa uma norma costumeira, desde que os requisitos de prática reiterada e *opinio juris* estejam presentes.

Justamente pela sua capacidade de revelar novas regras e regimes no plano internacional, mesmo tratados que ainda não foram ratificados pelos Estados signatários também podem contribuir para a formação de regras gerais de direito internacional. Tal possibilidade já foi levada a cabo pela CIJ nos casos *North Sea Continental Shelf* (1969), no qual a Corte analisou em que medida a Alemanha estaria vinculada pelas disposições da Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental (1958), considerando que esse país havia assinado, mas não ratificado aquele tratado. A CIJ concluiu que os três primeiros artigos da Convenção representariam, de fato, normas consuetudinárias ou declaratórias de direito internacional geral. Na visão da Corte, embora a maioria dos dispositivos daquela Convenção conferisse aos Estados a faculdade de estabelecer reservas unilaterais, os três primeiros artigos precisamente não permitiam tal hipótese, de modo que eles revelariam uma importância mais fundamental, refletindo assim um alcance mais geral. Da mesma forma, nos casos *Gulf of Maine* (1984) e *Continental Shelf* (Líbia v. Malta) (1985), a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1982) teve diversos dos seus princípios reconhecidos como gerais e vinculantes, embora ela ainda não estivesse formalmente em vigor para as partes envolvidas (CRAWFORD, 2012).

Por fim, tratados bilaterais também podem servir como evidências de normas de caráter geral. Ao observar vários tratados bilaterais que estejam habitualmente desenhados da mesma forma, um tribunal pode considerar a forma-padrão identificada como indício de costume geral em emergência. No entanto, tal possibilidade é observada com bastante cautela, na medida em que a natureza especificamente bilateral indicaria consentimento expresso dos Estados em criar *lex specialis*. Neste sentido, ver Tang (2009).

2.3. Princípios gerais de direito

Os princípios gerais de direito são normas deduzidas pelos órgãos judiciais internacionais (tais como a CIJ e tribunais arbitrais) em situações de lacuna jurídica – isto é, na qual há ausência de qualquer lei específica para a resolução de determinada controvérsia internacional. Tais princípios são geralmente deduzidos por meio de analogia a partir das regras de direito internacional ou doméstico em vigor, ou pela identificação de princípios gerais comuns entre os diversos sistemas jurídicos existentes no mundo.

Sob a perspectiva dos esforços históricos de institucionalização das relações internacionais, é possível observar que o desenvolvimento conceitual e teórico dos princípios gerais de direito ocorreu com vistas a construir maior coerência no sistema jurídico internacional, uma vez que este se caracteriza pela sua natureza intrinsecamente difusa e anárquica. Neste sentido, em que pese o Artigo 38 do Estatuto da CIJ simplesmente reconhecer os princípios gerais como fonte válida, é a ideia de que nenhum órgão decisório judicial pode se eximir de decidir um conflito (“proibição do

non liquet”) que levou à necessidade de construção de procedimentos lógico-formais para suprirem constantes lacunas no direito internacional. Com efeito, Oppenheim (1955) justifica a necessidade dos princípios gerais sob a premissa de que toda situação ou controvérsia internacional é passível de ser interpretada como uma questão estritamente jurídica, de tal modo que nenhum tribunal internacional pode se retirar do papel decisório final em benefício de outro órgão político. Tal justificativa, portanto, vai além da concepção meramente jusnaturalista proposta por Lauterpacht (2012), na medida em que abandona a ideia dos princípios gerais como um conjunto pré-existente de normas em favor de um processo em contínua construção.

Por consequência, os princípios gerais têm sido amplamente invocados pela CIJ de forma a contribuir com a expansão do direito internacional, tornando-os um mecanismo fundamental de racionalização e ordenação das relações internacionais. Neste contexto, o Estatuto da CIJ conferiu um escopo significativamente amplo para a utilização dessa fonte, de tal modo que os princípios gerais do direito vêm influenciando tanto na expansão de normas materiais quanto processuais do direito internacional. No que tange às normas materiais, por exemplo, a CPJI estabeleceu a ideia de responsabilidade internacional por dano e dever de reparação como princípios gerais (caso *Chórzow Factory*, 1928). No caso *Barcelona Traction* (1970), a CIJ também estendeu o escopo do direito internacional ao estabelecer que a responsabilidade limitada de companhias, ainda que derivada exclusivamente do direito doméstico dos Estados, é válida como princípio geral entre os Estados. No caso *Fisheries* (1951), o reconhecimento das condições para exercício de interesses legítimos sobre um determinado território também foi resultado de um exercício de reconhecimento de um princípio geral pela CIJ.

Já no que tange às normas processuais, a formulação de princípios gerais também tem sido bastante extensa, com vistas a facilitar a resolução judicial de disputas entre Estados. Exemplos desses esforços encontram-se no reconhecimento das normas sobre admissibilidade de provas circunstanciais (caso *Corfu Channel*, 1949), coisa julgada (*Application of Genocide Convention*, 2007), *estoppel* (caso *Temple of Preah Vihear*, 1962) e até mesmo de direito adquirido privado (caso *German Settlers in Poland*, 1923). Ademais, o próprio princípio da boa-fé – amplamente considerado o mais importante princípio geral de direito (OPPENHEIM, 1955; SHAW, 2014; FITZMAURICE, 1957) – em que pese já ter sido positivado no Artigo 2(2) da Carta da ONU, foi interpretado de forma ainda mais aprofundada no caso *Nuclear Tests* (1974). Todos esses elementos demonstram que os princípios gerais de direito gradualmente emergiram fonte de inegável importância para a construção dinâmica do sistema internacional atual.

Intimamente ligada à questão dos princípios gerais (e, portanto, no papel de racionalização das relações internacionais) está a questão do uso técnico do conceito de *equidade* na solução de conflitos entre Estados. Trata-se da incorporação de um aspecto de natureza eminentemente política

das relações internacionais – isto é, considerações de justiça material, razoabilidade e políticas públicas – dentro da sistemática formalista do direito internacional, ao exigir considerações daquela natureza para uma aplicação mais razoável das regras em vigor. A adoção da equidade pode ocorrer com vistas a adaptar o direito a questões particularmente sensíveis e estratégicas nas relações internacionais, tais como em temas de relações econômicas ou de proteção do meio ambiente (SOARES, 2003; SANDS, 2003). Pode ser praticada de diversas formas neste sentido, incluindo a escolha entre diferentes interpretações (equidade *infra legem*), preenchimento de lacunas (*praeter legem*) e para justificar a não-aplicação de leis injustas (*contra legem*) (FERRAZ JUNIOR, 2003).

Neste sentido, a equidade não é propriamente uma fonte de direito internacional, mas um mecanismo auxiliar importante no processo decisório dos tribunais internacionais. Afinal, ela considera todo um conjunto de valores e princípios integrantes do sistema internacional, de modo a ser frequentemente mencionada em decisões da CIJ. A título exemplificativo, o caso *North Sea Continental Shelf* (1969) fez ampla referência à equidade como parâmetro norteador de uma decisão notadamente política, ao procurar um critério original de delimitação da plataforma continental entre a Alemanha, Dinamarca e Holanda. Pela sua importância, alguns tratados inclusive passaram também a consagrar e permitir abertamente o uso de tal recurso, a exemplo de diversos dispositivos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

2.4. O impacto das decisões judiciais e opiniões doutrinárias na formalização do sistema internacional

Decisões judiciais (isto é, sentenças produzidas por tribunais internacionais em situações concretas trazidas por Estados ou organizações internacionais), bem como opiniões doutrinárias de especialistas renomados em direito internacional, são considerados “meios subsidiários para a determinação das normas de direito internacional”, conforme estabelece o Artigo 38(d) do Estatuto da CIJ. Isto significa dizer que, embora tais atos e opiniões não produzam qualquer efeito vinculante geral e permanente entre os Estados, eles são importantes para que estes últimos adquiram melhor entendimento sobre o alcance e significado das demais fontes plenamente estabelecidas.

No entanto, decisões judiciais têm produzido um efeito sobre as relações internacionais superior ao que lhes é tecnicamente atribuído, em razão da própria influência de fato que os tribunais exercem sobre os Estados como atores políticos, sugerindo que o processo de institucionalização das relações internacionais segue uma dinâmica não-linear e além daquele expressamente formalizado pelos Estados. Neste sentido, embora as decisões judiciais sejam consideradas meros meios indicativos do direito existente, a prática efetiva dos tribunais internacionais e Estados tem demonstrado que se tratam de fontes de fundamental importância.

A primeira razão para isso é que a observação dos precedentes judiciais tem contribuído para uma aplicação uniforme e consistente do direito internacional, permitindo maior grau de certeza e previsibilidade das relações internacionais (MCNAIR, 1961). Ademais, ao contrário do que afirma ocasionalmente a própria CIJ, as decisões judiciais podem até mesmo criar novas regras de direito internacional, indo além da mera tarefa de declaração sobre a validade ou invalidade das normas produzidas pelas fontes tradicionais. Essa possibilidade tem sido evidenciada pelo modo como a CIJ mantém-se geralmente coerente com os seus próprios precedentes e com as decisões de outros tribunais internacionais (SHAHABUDDEEN, 1996). Mais do que isso, o valor das decisões judiciais não tem se restringido apenas à CIJ – atualmente o órgão competente máximo para a interpretação e aplicação do direito internacional – mas a diversos outros órgãos judiciais de natureza internacional, tais como o Tribunal Penal Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e os órgãos arbitrais, tais como a Corte Permanente de Arbitragem, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID) e diversas arbitragens internacionais, entre outros (GUILLAUME, 2011).

Em contraste, já não se pode dizer o mesmo em relação a doutrinas e ensinamentos dos especialistas em direito internacional. Embora estes tenham gozado de grande valor para a formação do direito internacional ao longo do século XVIII – sobretudo os trabalhos da escola jusnaturalista de Grotius (2004) e Pufendorf (1991) –, a importância dos grandes doutrinadores tornou-se bastante reduzida na prática contemporânea como elementos de institucionalização do sistema internacional. Outrora efetivos criadores de direito internacional, as opiniões doutrinárias servem hoje mais como formas de argumentação e convencimento dos juízes do que propriamente fontes normativas. Contudo, é justamente por esse motivo que ainda se reconhece um papel relevante para as opiniões doutrinárias na atualidade: além de auxiliar na identificação do arranjo e estrutura do direito internacional contemporâneo, os estudos em direito internacional têm influenciado diretamente na elucidação empírica da natureza e das práticas dos Estados, além de servir como mecanismo de inserção mais rápida das mudanças constantes nas relações internacionais dentro do sistema jurídico internacional (OPPENHEIM, 1955). Mais importante, porém, é que tais ensinamentos continuam a fornecer uma visão crítica única do direito internacional, antecipando evoluções dessa disciplina e influenciando nas decisões dos órgãos políticos e judiciais, tanto em âmbito doméstico como internacional.

3. A emergência de novas fontes e seus desafios contemporâneos

Como visto até o momento, o direito internacional, como reflexo da estrutura dinâmica e descentralizada das relações internacionais, tem passado por um processo contínuo de evoluções

conceituais e técnicas em relação aos seus elementos formadores. Neste contexto, em que pesem as quatro fontes discutidas acima comporem o quadro institucional atualmente predominante nessa dinâmica, há também que se considerar o estado atual da emergência de novas fontes e sua aceitação ainda controversa pelo sistema jurídico internacional.

As Resoluções da Assembleia Geral da ONU são provavelmente o fenômeno mais debatido neste aspecto. Tradicionalmente, tais Resoluções não têm sido reconhecidas pelos Estados como dotadas de força vinculante, mas apenas como declarações com caráter de mera recomendação, uma vez que sua adoção ocorre sob variados graus de respaldo majoritário (SEITENFUS, 2003; Öberg, 2006). No entanto, tem-se cada vez mais considerado que o comportamento dos Estados frente às Resoluções ressalta e evidencia a prática dos Estados sobre o direito internacional, bem como aceleram o reconhecimento de determinada regra como costume jurídico. No caso *Legality Of The Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), por exemplo, a CIJ reconheceu o crescente valor normativo de determinadas Resoluções, embora reafirmando a sua natureza não-vinculante.

Vale ainda mencionar outros fenômenos que têm almejado maior reconhecimento jurídico, embora ainda desprovidas de claro valor técnico perante os tribunais internacionais. A chamada *soft law* é talvez o caso mais significativo no âmbito dos debates teóricos em relações internacionais, na medida em que pretende refletir a influência política efetiva de determinados Estados por meio de possíveis mecanismos formais. Isto porque a *soft law* é composta por documentos, práticas ou dispositivos sem caráter vinculante, mas que pela sua origem ou reputação política acabam por contribuir para o desenvolvimento de novas normas no direito internacional, além de facilitar a coordenação e colaboração entre Estados (GUZMAN & MEYER, 2010; FRIEDRICH, 2013). Ademais, os trabalhos da Comissão de Direito Internacional e a Associação de Direito Internacional (ligado à Assembleia Geral da ONU), das negociações internacionais (tais como a UNCITRAL, a UNCTAD, a OIT e a UNESCO), das associações privadas (tais como o Instituto do Direito Internacional e a Associação de Direito Internacional) têm contribuído com a elaboração de anteprojetos de tratados, leis-modelos, estudos e relatórios, os quais acabam por ser frequentemente utilizados como fundamentos jurídicos por tribunais internacionais e, portanto, pretendem adquirir uma natureza de “quase-fonte” no direito internacional (THIRLWAY, 2014).

Considerações finais

Os esforços de progressiva racionalização técnica da política internacional têm-se revelado um processo árduo de inovações e limitações sucessivas, à luz da dinâmica entre a atuação dos tribunais e a concomitante reação da comunidade internacional. Desse modo, além de refletir uma estrutura notadamente fragmentada decorrente do sistema de convivência mútua entre soberanos, as fontes do direito internacional acabam, sobretudo, por apresentar um problema atípico nesse sistema, que é a

própria clareza quanto à sua hierarquia interna. Neste sentido, embora o Artigo 38 do Estatuto da CIJ indique uma distinção de fontes subsidiárias (decisões judiciais e doutrina), bem como de fontes complementares (princípios gerais de direito), fato é que o direito internacional permanece prejudicado pela falta de consistência hierárquica, admitindo apenas ocasionalmente critérios claros de temporalidade, especialidade e coexistência (DINH et al., 1999).

No entanto, visões mais otimistas sobre esse problema têm afirmado que ao menos uma hierarquia entre o valor material das fontes e das normas têm gradualmente emergido no sistema internacional. Trata-se, aqui, do chamado instituto do *jus cogens* e sua valoração no direito internacional. O *jus cogens* consiste em valores fundamentais e superiores na ordem jurídica internacional, análogos à noção de ordem pública, de tal forma a usufruir hierarquia maior por si próprio. Na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Artigos 53 e 64), o *jus cogens* é inclusive admitido como “normas peremptórias de direito internacional geral”, sendo caracterizados por normas inderrogáveis por tratados ou costume, só podendo sê-las mediante outra norma peremptória.

Atualmente, normas *jus cogens* têm sido geralmente reconhecidas em obrigações de não-agressão, proibição de genocídio e escravidão, bem como de discriminação racial (SHAW, 2014). No caso *Application of Genocide Convention* (1996), por exemplo, a CIJ reconheceu a proibição de genocídio como norma peremptória. Como se pode observar, portanto, a hierarquia das fontes por critério material tem se tornado uma realidade no direito internacional, embora ainda dependa de uma construção judicial progressiva pelos tribunais internacionais. Trata-se, como evidência e observação final deste artigo, de que tal tema continuará a refletir as evoluções constantes do direito internacional em face das relações internacionais entre os Estados e das instituições internacionais contemporâneas.

Referências

- AKEHURST, Michael (1975). Custom as a Source of International Law. **British Yearbook of International Law**, 47(1): 1-53.
- BAKER, Roozbeh R. B. (2010). Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates. **European Journal of International Law**, 21(1): 173-204.
- BRÖLMANN, Catherine (2005). Law-Making Treaties: Form and Function in International Law. **Nordic Journal of International Law**, 74(3/4): 383-404.
- BYERS, Michael (1999). **Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary Law**. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. (2008). International Law. In REUS-SMIT Christian & SNIDAL, Duncan (eds.). **The Oxford Handbook of International Relations**. Oxford: Oxford University Press, 612-634.
- CARR, Edward H. (1940). **The Twenty Years' Crisis, 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations**. London: Macmillan and Co.

- ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo B.; NASCIMENTO E SILVA, G.E. (2011). **Manual de Direito Internacional Público**, 19^a ed.. São Paulo: Saraiva.
- CRAWFORD, James (2012). **Brownlie's Principles of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press.
- D'AMATO, Anthony (1971). **The Concept of Custom in International Law**. Ithaca: Cornell University Press.
- DEKKER, I. F.; MEIJERS, H.; POST, H. G. (2003). **On the Foundations and Sources of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press.
- DE VISSCHER, Charles (1968). **Theory and Reality in Public International Law**. Princeton: Princeton University Press.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain (1999). **Droit International Public**. Paris: LGDJ.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (2003). **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, 4. ed.. São Paulo: Atlas.
- FITZMAURICE, Gerald (1956). The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement. **The Modern Law Review**, 19(1): 1-13.
- _____. (1957). The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law. **Recueil des Cours**, 92: 1-227.
- FITZMAURICE, Malgosia (2015). Treaties. In WOLFRUM, Rüdiger (ed.). **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press.
- FRIEDRICH, Jürgen (2013). **International Environmental Soft Law: the Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law**. New York: Springer.
- GROTIUS, Hugo (2004). **O Direito da Guerra e da Paz**. Florianópolis: Editora Unijuí .
- GUILLAUME, Gilbert (2011). The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. **Journal of International Dispute Settlement**, 2(1): 5-23.
- GUZMAN, Andrew T. & MEYER, Timothy L. (2010). International Soft Law. **Journal of Legal Analysis**, 2(1): 171-225.
- HERZ, Mônica (1997). Teoria das Relações Internacionais no Pós-Guerra Fria. **Dados**, 40(2).
- KELSEN, Hans (1966). **Principles of International Law**. 2nd ed.. New York: Holt, Rinehart and Winston.
- KEOHANE, Robert (1993). **International Institutions and State Power: Essays in International Relations Theory**. Boulder: Colorado Westview Press.
- _____. (1998). International Relations, Old and New. In GOODIN, Robert & KLINGEMANN, Hans-Dieter (eds.). **A New Handbook of Political Science**. Oxford: Oxford University Press.
- KEOHANE, Robert & NYE, Joseph (2012). **Power and Interdependence**, 2nd ed.. Boston: Longman.
- LAUTERPACHT, H. (2012). **The Function of Law in the International Community**. Oxford: Oxford University Press.
- MCNAIR, Arnold Duncan (1961). **The Law of Treaties**. Oxford: Clarendon Press.
- MELLO, Celso de Albuquerque (2007). **Curso de Direito Internacional Público**. 15.ed.. Rio de Janeiro: Renovar.
- MEARSHEIMER, John J. (2001). **The Tragedy of Great Power Politics**. New York: W.W. Norton.

MORGENTHAU, Hans (2005). **Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace**. 7th ed.. London: McGraw-Hill Education.

ÖBERG, M. D.(2006). The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ. **The European Journal of International Law**, 16 (5): 879-906.

OPPENHEIM, Lassa (1955). **International Law: A Treatise**. 8th ed.. London: Longmans.

PUFENDORF, Samuel (1991). **On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law**. Cambridge: Cambridge University Press.

REZEK, Francisco (2012). **Direito Internacional Público**. 13. ed.. São Paulo: Saraiva.

SANDS, Philipp (2003). **Principles of International Environmental Law**, 6th ed.. Cambridge: Cambridge University Press.

SHAHABUDEEN, Mohammed (1996). **Precedent in the World Court**. Cambridge: Cambridge University Press.

SCHWARZENBERGER, Georg (1971). **A Manual of International Law**, 5th ed.. London: Stevens & Sons.

SHAPCOTT, Richard (2008). Critical Theory. *In* REUS-SMIT, Christian & SNIDAL, Duncan (eds). **The Oxford Handbook of International Relations**. Oxford: Oxford University Press, 327-345.

SHAW, Malcolm (2014). **International Law**, 7th ed.. Cambridge: Cambridge University Press.

SEITENFUS, Ricardo (2003). **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SOARES, Guido Fernando Silva (2003). **A Proteção Internacional do Meio Ambiente**. Barueri: Manole.

TANG, Yi Shin (2009). **The International Trade Policy for Technology Transfers: Legal and Economic Dilemmas on Multilateralism versus Bilateralism**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

THIRLWAY, Hugh (2014). The International Court of Justice. *In* EVANS, Malcolm D (ed.) **International Law** Oxford: Oxford University Press.

WALTZ, Kenneth (1979). **Theory of International Politics**. New York: McGraw-Hill Companies.

ICJ Case Law

Application of Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), [2007] ICJ 191.

Arrest Warrant (Congo v. Belgium), [2002] ICJ 1.

Asylum (Colombia v. Peru), [1950] ICJ 6.

Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Belgium v. Spain), [1970] ICJ 1.

Chórzow Factory (Germany v. Poland), [1928] PCIJ (ser. A) No. 17.

Continental Shelf (Libya v. Malta), [1985] ICJ 13.

Construction of a Wall (Advisory Opinion), [2004] ICJ 136.

Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), [1949] ICJ 4.

East Timor (Portugal v. Australia), [1995] ICJ 90.

Fisheries (United Kingdom v. Norway), [1951] ICJ 3.

German Settlers in Poland, [1923] PCIJ (ser. B) No. 6.

Gulf of Maine (Canada v. United States), [1984] ICJ 165.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), [1996] ICJ 226.

Lotus (France v. Turkey), [1927] PCIJ (ser. A) No. 10.

Nicaragua (Nicaragua v. United States), [1986] ICJ 1.

North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands) [1969] ICJ 1.

Nuclear Tests (New Zealand v. France), [1974] ICJ 253.

Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), [1960] ICJ 6.

Temple of Preah Vihear (Merits), [1962] ICJ 6.