

AS DECISÕES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA COMO ELEMENTO DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL

*Lucas Carlos Lima**

INTRODUÇÃO

Um fenômeno complexo insere-se no feixe de relações jurídicas internacionais durante o século XX: a criação de Cortes permanentes para resolução de litígios entre Estados. Com ele, uma série de desdobramentos teóricos encontra lugar nos escritos dos internacionalistas, variando desde a relação entre o crescente número de instâncias permanentes para solução de litígios¹ até o valor jurídico das sentenças emitidas por estes mesmos órgãos.

Num ambiente desprovido de uma autoridade hierarquicamente superior e centralizada, a atividade das cortes e tribunais vem a encontrar respostas a alguns desses problemas nas análises e nos escritos dos juristas que se debruçam sobre o fenômeno. Parafraseando Nicolas Politis, que escrevia sobre a arbitragem internacional ao final do século XIX, a solução judiciária de conflitos internacionais ganhou seus admiradores, sua literatura, sua propaganda².

Uma das linhas mestras que conduziu à criação de uma Corte Permanente no âmbito internacional foi a ideia de que somente tal órgão poderia desenvolver o direito internacional através de uma jurisprudência³. Com o surgimento da Corte, o discurso de *desenvolvimento* transforma-se não mais em um discurso apologético *pro* Corte, mas na

* Doutorando em Direito Internacional na Università degli Studi di Macerata - Itália. Mestre em Direito e Relações Internacionais na Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Internacional na Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis. Pesquisador do Ius Gentium – Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq –, possui sua linha de pesquisa voltada aos tribunais internacionais. Endereço eletrônico: lucaslima00@hotmail.com

¹ Para exemplificar, pode-se citar: Corte Europeia de Justiça em 1988; Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 1994; Tribunal de Justiça Andino de 1996; Corte Europeia de Direitos Humanos em 1998; Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2001; Órgão de Solução de Controvérsias do Mercosul em 2002. Isto sem desconsiderar as Cortes Internacionais Criminais, com especial atenção à Corte Penal Internacional de 2002. Para uma análise das jurisdições internacionais permanentes, ver ROMANO, Cesare P. R. A Taxonomy of International Rule of Law Institutions. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, 2011, pp. 241–77.

² POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*. Paris: Librairie Hachette, 1924, p. 32.

³ WEHBERG, Hans. *The Problem of an International Court of Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1918.

arguição de que a Corte, ao emitir decisões, ao aplicar princípios, ao resolver contendas entre os Estados lançando mão de normas internacionais (positivadas ou não), estaria criando, expandindo o direito internacional em áreas antes não reguladas pelos sujeitos do ordenamento jurídico.

Ante esta problemática, o objetivo do presente trabalho é analisar o surgimento da ideia de desenvolvimento do direito internacional através de uma Corte e, ao final, de forma panorâmica, verificar quais são os delineamentos e contribuições que esta ideia aporta à consideração das decisões da Corte Internacional de Justiça enquanto fonte do direito internacional. Toma-se em exame o principal órgão judiciário do sistema da Organização das Nações Unidas, porquanto ser a mais longa experiência judiciária permanente no âmbito da comunidade internacional e gozar de uma pronunciadíssima importância enquanto órgão jurisdicional. Além disso, é sobre ele o maior número de escritos acerca deste debate, que nem sempre pode ser encontrado relativamente a outros tribunais internacionais. Ademais, a Corte Internacional de Justiça é revestida de um caráter essencialmente clássico⁴, de maneira que o campo de tensão entre as concepções esquadrihadas por este trabalho tornam-se mais nítidas.

Desse modo, perpassa-se inicialmente por um revisitar do momento histórico do aparecimento da ideia, essencialmente coligado à prática da arbitragem internacional ao longo do século XX, bem como à contextualização da criação do primeiro tribunal internacional permanente. Passa-se então, à breve análise do estatuto da Corte Internacional de Justiça, no escopo de verificar de que maneira vieram positivados (e limitados) os poderes jurisdicionais da Corte. Por fim, será enfrentada a maneira pela qual a Corte vem efetivamente realizando o desenvolvimento do direito internacional através de sua própria jurisprudência.

Ainda que não se possa enfrentar o tema com a profundidade necessária em curto espaço, serão delineadas as principais problemáticas que cingem a matéria. Em tempos de multiplicidade de tribunais, em que o fenômeno jurídico internacional não se restringe a um único manancial de juridicidade, o conhecimento dos limites e da prática que os juízes da

⁴ Por “clássico” faz-se aqui referência ao fato de ser o mais antigo órgão permanente de solução de controvérsias internacionais, só permitindo Estados como membros, além de possuir uma competência restrita e essencialmente regida pelo voluntarismo e encontrar-se associado a uma concepção clássica de direito internacional.

Corte assumem ao lidar com a própria jurisprudência é uma maneira de compreender o funcionamento do próprio ordenamento.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: CONTRAPONTO À ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A cognição do discurso do desenvolvimento judicial do direito internacional perpassa, necessariamente, por uma contraposição. Trata-se de um discurso que nasce historicamente enquanto resistência à suposta insuficiência de um determinado sistema “judicial”. Faz-se referência aqui ao sistema de resolução de litígios entre Estados calcado essencialmente no recurso à arbitragem internacional que se desenvolveu ao longo do século XIX e sedimentou-se nos primeiros anos do século XX.

O crescente uso da arbitragem internacional no século XIX⁵ por parte dos Estados gerou um importante fenômeno na ciência jurídica: a identificação do sistema de arbitragem internacional como o fragmentado e imperfeito sistema judiciário do direito internacional do período. Prova deste fenômeno é a positivação de uma série de normas arbitrais nas Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907⁶, que culminou com a criação da chamada Corte Permanente de Arbitragem⁷.

⁵ Pode-se aqui fazer referência ao amplo levantamento realizado por autores como La Fontaine, Politis e Lapradelle. Nesse sentido, refere-se a LA FONTAINE, H. *Pasicrie: Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux*. Berne: Imprimerie Stampeli & Cie, 1902; bem como LAPRADELLE, Albert G. de; POLITIS, Nicolas. *Recueil des arbitrages internationaux*. Tome II (1856-1872). Paris: A. Pedone Éditeur, 1923.

⁶ As Convenções da Paz de Haia são um conjunto de individuais convenções que versam sobre diversos pontos do direito internacional que abrangem seja a limitação do uso de armamentos, seja a resolução pacífica de controvérsias. Reunidas em Haia em 1899, 26 delegações firmaram em 29 de julho de 1899 (entrada em vigor: 4 de setembro de 1900) a Convenção para a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais. Tal documento versava sobre questões gerais de manutenção da paz, mas também acerca de bons ofícios, mediação e comissões internacionais de inquérito. A versão atualizada e expandida de tal convenção de solução pacífica veio forjada em 18 de outubro de 1907 (entrada em vigor: 26 de janeiro de 1910), quando 38 Estados a ela aderiram. Sobre a questão, pode-se aqui referenciar LIMA, L. C.. *O desenvolvimento da arbitragem internacional no século XIX e as Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907*. In: Congresso Internacional Pensamento Jurídico e dimensão internacional: Experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX, 2011, Florianópolis. Anais do Evento: Pensamento Jurídico e dimensão internacional: Experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX, 2011.

⁷ Criada pelas Conferências Internacionais da Paz de Haia de 1899 e 1907, a Corte Permanente de Arbitragem (CPA) é um órgão de resolução de conflitos jurídicos entre Estados que ainda hoje se encontra em funcionamento. A Corte representou o primeiro esforço de institucionalização de um tribunal permanente. De 1902 a 1934 foram submetidos 21 casos de arbitragem à CPA, que funcionava mais como um maquinário de composição de tribunais que propriamente como um órgão permanente e à disposição dos Estados, porquanto se tratava de uma lista de árbitros indicados pelos países. Árbitros estes que, caso surgisse um litígio, poderiam vir a ser chamados por escolha das partes. Não se tratava, portanto, de um órgão verdadeiramente

Contudo, à medida que o erigido sistema arbitral demonstrava suas insuficiências para manutenção da paz, oferecendo-se sobretudo enquanto uma metodologia política de solução de conflitos, assim, afastando-se de uma concepção estritamente jurídica, as críticas ao sistema recrudesceram. A própria Corte Permanente de Arbitragem, a grande criação dos juristas do início do século, foi alvo de uma série de contundentes escritos desmerecendo-lhe a autoridade e evidenciando-lhe a incapacidade de criar uma verdadeira jurisprudência⁸.

Ante o contexto delineado, pode-se fazer referência à obra *The problem of an international court of justice*, de 1918, do professor de direito internacional alemão Hans Wehberg. No capítulo intitulado “a impossibilidade do desenvolvimento do direito internacional pelo presente procedimento arbitral”⁹, Wehberg tece duras críticas ao caráter político (e não jurídico) que a arbitragem assume ao dirimir uma controvérsia. Sob sua lógica, os árbitros estariam buscando a todo custo uma solução para a controvérsia em vez de necessariamente buscar a aplicação do direito¹⁰.

De igual modo, Nicolas Politis, em sua obra *Justice Internationale* de 1924, realiza severas críticas ao modelo arbitral de solução de controvérsias. Para Politis, os laudos que proferidos até aquele momento serviam apenas de guia para futuras decisões eram irremediavelmente ignorados. O sistema arbitral permitia decisões contraditórias acerca de uma determinada matéria de direito internacional¹¹.

permanente ou de alguma maneira institucionalizado. Permanente era somente seu secretariado, que servia para facilitar a composição dos tribunais, servindo igualmente de cartório aos tribunais arbitrais compostos. Sobre a CPA ver FRANÇOIS, J.P.A.. *La Cour permanente d'arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir*. Recueil des cours, Tomo 87, 1955. GUILLAUME, Gilbert. *The contribution of the permanent court of arbitration and its international bureau to arbitration between states*. Haia: PCA, 2007.

⁸ Nesse sentido cita-se excerto da monografia LIMA, Lucas Carlos. *Entre a arbitragem e adjudicação: O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional no Modelo de Jurisdição entre Estados*. Monografia (Graduação em Direito).Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 33: "No que concerne à Corte criada, esta foi alvo de severas críticas. Longe de ser uma verdadeira Corte de Arbitragem Internacional, tratava-se de uma lista de árbitros. Lassa Oppenheim chama de 'eufemismo' o nome que ganhou a Corte, e o internacionalista francês Georges Scelle trata-a por 'pseudo-Corte', haja vista possuir apenas alguns elementos de caráter permanente, como a sua secretaria, por exemplo. Verzijl afirma que o próprio nome é uma indicação que as potências signatárias estavam ainda relutantes em subscrever uma ideia de uma genuína corte de justiça designada a resolver litígios entre os Estado, por isto esta 'alunha híbrida'. Nicolas Politis, ligeiramente mais ácido, afirma que 'privada de todo caráter de obrigação de permanência, a Corte nada mais é que uma simples jurisdição fantasma'"

⁹ WEHBERG, *Op. cit.*, p.13. Do original: “*The impossibility of a development of international law through the present arbitral procedure*”

¹⁰ WEHBERG, *Op. cit.*, p. 18.

¹¹ POLITIS, *Op. cit.*, p.95.

As críticas de Politis coadunam-se aos escritos de Wehberg fotografando o momento imediatamente anterior à criação do primeiro órgão jurisdicional permanente, a Corte Permanente de Justiça. Para Lassa Oppenheim, um árbitro muitas vezes tem de satisfazer as duas partes em litígio, agindo quase como um mediador do que verdadeiramente como um juiz¹². A solução para os problemas advindos da arbitragem e da não codificação¹³ do direito internacional é o desenvolvimento do direito internacional através de decisões judiciais, aduz Wehberg¹⁴. O autor chega a afirmar que “na solução judicial, (...), deve existir um tribunal permanente com juízes permanentes, porque somente uma instituição como esta pode garantir uma decisão estritamente de acordo com o direito”¹⁵.

Os anseios de Wehberg e de parte dos internacionalistas da época concretizam-se quando em 1919 vem previsto no Pacto da Liga das Nações a futura elaboração de uma corte internacional¹⁶. Nasceria então uma corte verdadeiramente permanente, composta de juízes profissionais, à disposição dos Estados, com um estatuto e regulamento pré-definido, normas materiais e procedimentais claras e, sobretudo, apta a desenvolver decisões coerentes entre si; capazes, portanto, de formar um esboço de jurisprudência.

Com sua sessão pública de inauguração realizada em 1922, já naquele ano sua primeira opinião consultiva seria proferida¹⁷. No ano seguinte, o inaugural caso

¹² OPPENHEIM, Lassa. *The Future of International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1921, p. 47.

¹³ Importante salientar que para a maioria dos autores a codificação do direito internacional, ou seja, o fenômeno de positivação de normas jurídicas de caráter essencialmente costumeiro, começa a ocorrer somente no âmbito das organizações internacionais, em especial, no seio da Liga das Nações e da Organização das Nações Unidas. Parte do problema de um direito internacional “não-codificado” refletia-se, de igual modo, nas normas que seriam aplicadas pela Corte que estava por surgir. Sobre o tema, historicamente, reporta-se a DE VISSCHER, Charles. *La codification du droit international*. Recueil des cours de l'Academie, 1925. Para o profícuo trabalho da Comissão de Direito Internacional, reporta-se a BRIGGS, Herbert W. *Reflections on the codification of international law by the International Law Commission and by other agencies*. Recueil des cours de l'Academie, 1969.

¹⁴ WEHBERG, *Op. cit.*, p.11.

¹⁵ WEHBERG, *Op. cit.*, p. 14. Do original: “in judicial settlement, as we shall show later, there must be a permanent tribunal with permanent judges, because only such an institution can guarantee a decision according to strict law”.

¹⁶ Art. 14 do Pacto da Sociedade das Nações: “O Conselho é incumbido de preparar um projeto de Corte permanente de Justiça internacional e de submetê-lo aos membros da Sociedade. Essa Corte conhecerá de todas as controvérsias de caráter internacional que as partes lhe submetam. Também dará pareceres consultivos sobre toda controvérsia ou questão a ela submetida pelo Conselho ou a Assembléia.”

¹⁷ Opinião consultiva reativa a “*Designation of the Workers’ Delegate for the Netherlands at the Third Session of the International Labour Conference*”. CPJI, Series B, B01.

contencioso¹⁸ batia às portas da Corte Permanente e naquele mesmo ano a Corte emitiria sua primeira sentença. Ao longo de sua década inicial, mais de vinte casos foram apreciados pela Corte Permanente, de maneira que os internacionalistas do período se debruçaram sobre este novo fenômeno, qual seja o de um tribunal internacional emitindo decisões que se relacionavam, que tinham sido emitidas pelos mesmos homens, os mesmos juízes profissionais, que buscavam coerência enquanto juízes e, igualmente, enquanto Corte.

Neste sentido, o discurso que advogava a criação de uma Corte para o desenvolvimento (como era o caso de Politis e Wehberg) transfigurava-se. Não mais se tratava do porvir, mas sim, através da análise da prática jurisdicional da Corte, nascia a ideia de que a Corte Permanente estava desenvolvendo o direito internacional através de suas decisões. É o caso, por exemplo, de uma série de ensaios proferidos em 1933 no *Geneva Graduate Institute of International*, pelo austro-húngaro Hersch Lauterpacht¹⁹.

Referência recorrente nos estudos sobre a Corte Permanente e sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, a obra de Lauterpacht “*The Development of International Law by the International Court*”²⁰ é um dos pioneiros trabalhos a analisar a atividade jurisdicional criativa da Corte. Antes, contudo, de examinar propriamente a ideia de desenvolvimento, faz-se necessária uma compreensão da estrutura fornecida pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, na finalidade de se verificar de que forma as normas da Corte preveem ou não esta ideia de desenvolvimento.

2. BALIZANDO O ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: ENTRE O SILÊNCIO E O RECONHECIMENTO

¹⁸ Trata-se do caso do *Vapor Wimbledon*, em que Grã-Bretanha, França, Itália, Japão (tendo a Polônia como terceiro interveniente) iniciam um procedimento na Corte contra a Alemanha, alegando que esta teria violado o Tratado de Versalhes ao impedir a circulação de navegações no Canal de Kiel. A sentença emitida pela Corte condenou a Alemanha por não impedir a navegação no canal. Para mais, ver P.C.I.J. *Recueil*, 1923, p. 33.

¹⁹ LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens & Sons Ltda, 1958, p. xiii.

²⁰ Originalmente editado em 1933, o livro ganhou uma segunda edição em 1958, quando Lauterpacht já ocupava o cargo de juiz da Corte Internacional de Justiça (fora eleito em 1954). Na segunda edição (a qual o autor deste ensaio utiliza), Lauterpacht já analisa a atividade dos primeiros anos da Corte Internacional de Justiça, que iniciou seus trabalhos em 1946.

Surgido em 1945, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça é integralmente anexo à Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), compondo, portanto, uma das mais importantes normas da organização internacional do pós-guerra. O artigo 92 da Carta da ONU assim dispõe:

A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta.

O dispositivo salienta não apenas a importância da Corte, mas relaciona-a diretamente a sua predecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional²¹. Desse modo, para uma compreensão do significado do estatuto é necessário reputar-se à época e à forma na qual se deu a concepção do Estatuto.

No ano de 1920 foi nomeada uma Comissão de Juristas (doravante Comissão) para executar a tarefa de criação de um Estatuto para a nascente Corte Permanente de Justiça Internacional, a ser aprovado pelo Conselho e pela Assembleia da Liga das Nações. Composta por dez membros²² de notável conhecimento jurídico, homens de Estado, professores de direito internacional e até mesmo participantes das Convenções de Haia de 1899 e 1907, a Comissão realizou seu primeiro encontro em 16 de junho de 1920, no Palácio da Paz, em Haia, numa sessão pública de abertura dos trabalhos. As trinta e cinco reuniões que se seguiram serviram para lapidar a Corte, definindo diversos aspectos (competência, poderes da corte, procedimento, por exemplo) através da cunhagem do Estatuto.

²¹ Em verdade, os elementos de distinção entre os estatutos são pequenos e no que tocam ao presente trabalho, são basicamente nulas as diferenças que os estatutos das duas cortes possuem entre si. Portanto, para fins metodológicos, ao se tratar aqui o Estatuto, se fará referência seja ao estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional quanto ao Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A própria Corte encontrou oportunidade para estatuir que “*the primary concern of those who drafted the Statute of the present Court was to maintain the greatest possible continuity between it and its predecessor*” (CIJ, 1984, p. 407). Ademais, existe igualmente uma continuidade jurisprudencial entre as duas Cortes, havendo uma série de decisões nos primeiros anos da Corte Internacional de Justiça reputando-se à autoridade dos julgados realizados pela Corte Permanente.

²² A comissão de juristas foi indicada pelo Conselho da Liga das Nações e composta por: Mineichiro Adatci (Japão), Rafael Altamira (Espanha), Raul Fernandes (Brasil), Barão Descamps (Bélgica), Francis Hagerum (Noruega), Alberto de Lapradelle (França), Bernard Loder (Países Baixos), Lord Philipmore (Império Britânico), Arturo Ricci-Busatti (Itália), Elihu Root (Estados Unidos). O Secretário dos trabalhos foi Dionizio Anzilotti (Itália).

Receosos da ocorrência do *non liquet*²³, os membros da Comissão tentaram alargar o rol das normas aplicáveis pela Corte, motivo pelo qual determinadas inserções ganharam maior atenção por partes dos membros. Quanto ao costume e aos tratados, não houve discussão acerca de sua entrada na lista de fontes a ser utilizada pela Corte²⁴. Contudo, a discussão entre os membros da Comissão se acirra quando da escolha dos princípios²⁵, da jurisprudência e da doutrina. Ao final, a Comissão decide relegar às decisões judiciais (afasta-se o termo jurisprudência²⁶) um papel subsidiário, interpretativo, exatamente pelo receio de que a Corte assumisse poderes não desejados pelos Estados. Ilustrando parte das preocupações dos membros da Comissão, o delegado americano Elihu Root afirma que “a Corte não deve possuir o poder de legislar”²⁷. De idêntica maneira, o delegado inglês Lord Philipmore afirma que as decisões judiciais constataam, mas não criam o direito²⁸, este é criado através da legislação, do acordo universal de todos os Estados²⁹. A legislação, ou seja, a produção de normas positivas de direito internacional cabia à vontade dos Estados, entidades soberanas e únicos sujeitos do direito internacional do período. Este entendimento refletiu-se nitidamente no estatuto da Corte e na maneira como se relacionaria com outras decisões judiciais.

Em essência, são dois os dispositivos que se relacionam ao uso das decisões judiciais por parte da Corte. De um lado, há o artigo 38 do Estatuto, norma de referência no

²³ O *non liquet* ocorre quando um juiz, na falta de norma a aplicar, deixa de julgar determinado caso a ele submetido. O litígio em questão restaria sem resolução, por ausência de norma específica regulando a questão. A pronúncia da Corte seria para reconhecer, portanto, sua ausência de poderes e sua incompetência. O receio de que surgisse o *non liquet* era, em verdade, um golpe bastante forte a uma Corte que se pretendia universal, apta a julgar todos os conflitos entre os Estados. Declarar-se o *non liquet* era um fracasso para a Corte e, mais do que isso, significava também a denegação da justiça. E a negação de justiça era inconcebível para alguns membros do comitê. Pode-se citar nesse sentido o norueguês Hagerup, o neerlandês Bernard Loder e até mesmo o francês Lapradelle. Em seu discurso, Raul Fernandez, o representante brasileiro, também deixou claro que “*Excetuando o direito convencional, os juizes ficam confinados no domínio estrito do costume internacional (e esse é o pensamento de Mr. Root), eles ficam impossibilitados de administrar justiças em muitos casos nos quais envolvem relações jurídicas entre os Estados envolvidos*”. (PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 345).

²⁴ PROCÈS-VERBAUX, 1920.

²⁵ Acerca dos princípios, sugere-se aqui a obra de GAJA, Giorgio. *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*. Enciclopedia del diritto, vol. XXXV, 1986.

²⁶ . Os membros do Comitê de Juristas tinham a preocupação com a apropriada aceção do termo “jurisprudência”. Lord Philipmore (PROCÈS-VERBAUX, 1920, p.334) relembra que a palavra “jurisprudência” possui um significado diferente em inglês e em francês, dizendo então que uma cláusula deve ser inserida no projeto definindo-a no sentido francês de jurisprudência.

²⁷ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 309. Do original: “*The Court must not have the power to legislate*”.

²⁸ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 584.

²⁹ PROCÈS-VERBAUX, 1920, P. 295.

que tange os debates a respeito das fontes do direito internacional³⁰, o qual se ocupa das normas que “a Corte aplicará”³¹, e que define em que medida a Corte utilizará as “decisões judiciais”; por outro viés, há o artigo 59 do Estatuto, o qual delimita o alcance das decisões da Corte.

Em relação ao uso das decisões judiciais enquanto norma aplicável pela Corte, a alínea (d) do inciso I do artigo 38 assim estabelece:

[A Corte aplicará] sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito³².

Delimitando o alcance das decisões da Corte, o artigo 59 do Estatuto assim prevê:

A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão³³

A escolha da Comissão é bastante clara ao relegar às decisões judiciais um papel subsidiário, equiparado à doutrina. As decisões judiciais não são aplicáveis por elas mesmas, mas servem para verificar e delimitar outras normas jurídicas. Nas palavras de Pellet, pode-se inferir das discussões (por vezes apaixonadas) dos internacionalistas que jurisprudência e doutrina servem “supostamente para elucidar quais são as regras que serão aplicadas pela Corte, não para criá-las”³⁴.

³⁰ Nesse sentido, KAMMERHOFER, Jörg. *Introduction To: Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee June 16th-July 24th, 1920*. September, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1535963>. Data de acesso: 21/11/2012., p.03: “The discussion on Article 38 (Article 35 of the avant-projet produced by the Committee) has also shifted from the law the Court ought to apply in finding its judgments to the abstract level of what sources there are in international law”.

³¹ Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do Artigo 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 decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

³² Nas versões originais, em inglês: “subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”; e em francês: “sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”.

³³ Na versão em inglês: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”. E em francês: “La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé”.

³⁴ PELLET, Alain. *Article 38*. in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, Oxford UP, 2006, p. 783. Do original: “In may, however, be inferred from the - sometimes passionate - discussions among the jurists that the intention behind the final

Em consonância a esta escolha do artigo 38, I, (d), existe a disposição do artigo 59, que restringe os efeitos da decisão somente aos Estados em litígio. Em outras palavras, significa que a autoridade de uma decisão da Corte, segundo esse dispositivo, não serviria a casos futuros senão às mesmas partes, e de maneira restrita ao objeto do litígio já resolvido.

Numa análise superficial da maneira como os dispositivos funcionam, poderia ser questionado qual seria o peso de uma decisão já proferida numa futura decisão da Corte. A resposta tenderia, pois, a uma visão extremamente restrigente do papel que decisões judiciais possuem no agir da Corte.

Desse modo, a escolha da Comissão acaba por influir de maneira substancial na própria concepção de fontes do direito internacional posterior ao Estatuto. Demonstrando essa concepção, o professor alemão Christian Tomuschat, em curso lecionado em Haia em 1998 (78 anos após a confecção do Estatuto), não reconhece às decisões judiciais um papel de fonte do direito internacional senão nos termos do artigo 38, exercendo um papel subsidiário, secundário³⁵. Em igual sentido escreveu Alfred Verdross, ao considerar que somente é possível utilizar as decisões judiciais para subministrar uma norma de direito internacional cuja existência não seja dotada de clareza³⁶. Para Verdross, nem a jurisprudência nem a doutrina são fontes independentes do Direito Internacional, ainda que possam levar em conta como fontes auxiliares para aclarar preceitos jurídicos duvidosos³⁷.

Eis o caráter restritivo do artigo 38, I, (d), do Estatuto da Corte, caráter este que balizou grande parte das discussões sobre fontes ao longo do século XX. Ademais, inserir as decisões judiciais no mesmo patamar que os escritos dos autores de direito internacional foi uma pontual escolha da Comissão, diminuindo-lhe a autoridade enquanto fonte normativa, enquanto norma a ser aplicada pela própria Corte. Isto porque, conquanto exista certa discussão acerca da autoridade que possam assumir as decisões judiciais como criadoras e desenvolvedoras do direito internacional (como se abordará adiante), é de certa forma pacífico que os ensinamentos dos publicistas são evidências de direito e não um fator

wording of this provision was that jurisprudence and doctrine were supposed to elucidate what the rules to be applied by the Court were, not to create them."

³⁵ TOMUSCHAT Christian. *International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law*. Recueil des cours. Volume 281, 1999, p. 341.

³⁶ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 4º. Ed. Madrid: Ed. Aguilar, 1961. Tradução: Antonio Truyol y Serra, p. 99.

³⁷ VERDROSS, *Op. cit.*, p. 99.

de criação do direito³⁸. Ou nas palavras do professor Charles de Rousseau, “a obra de elaboração doutrinal não é efetivamente uma obra criadora, mas exclusivamente uma obra crítica”³⁹.

Contudo, ainda que uma hermenêutica gramatical extremamente restritiva possa ser aplicada para interpretar o Estatuto, os escritos dos internacionalistas acabaram por conferir à norma uma interpretação diversa, conferindo certa autoridade às decisões judiciais, sobretudo às decisões da Corte Internacional de Justiça.

Georges Scelle, em seu célebre ensaio sobre as fontes do direito internacional de 1934, advoga uma interpretação favorável à autoridade das decisões judiciais como fontes formais do direito internacional, no mesmo patamar que as fontes convencionais e costumeiras. O autor francês afirma que “o artigo 38 do estatuto não proíbe a Corte de recorrer aos precedentes, mas somente de basear sua sentença exclusivamente em seus precedentes”⁴⁰. Contudo, mesmo realizando tal interpretação positiva acerca do artigo 38, Scelle não deixa de ser menos feroz em suas críticas à composição deste dispositivo, que alcunha de “político” e “cientificamente criticável”⁴¹. Nas palavras do autor:

A assimilação da doutrina e da jurisprudência é, portanto, viciosa do ponto de vista da técnica jurídica, vez que ela nega aos juízes um dos atributos essenciais da função jurisdicional e tolhe-os de executar seu papel de regulador e estabilizador do ordenamento jurídico⁴².

Tecida ao final dos dez primeiros anos de experiência da Corte Permanente, a crítica de Scelle se perfaz em consonância com a ideia de que uma corte surgiria exatamente para desenvolver uma jurisprudência. Para criar, de alguma forma, um direito internacional jurisprudencial⁴³.

³⁸ JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. *Oppenheim's International Law*. 9th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 43.

³⁹ ROUSSEAU, Charles de. *Droit International Public*. Tome I: Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970, p. 366. Do original: “*L'oeuvre d'élaboration doctrinale n'est pas en effet une oeuvre créatrice, mais exclusivement une oeuvre critique*”.

⁴⁰ SCELLE, Georges. *Essai sur les sources formelles du droit international*. In: Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Tome III. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934., p. 427. Do original: “*l'article 38 du statut n'interdit pas à la Cour de recourir aux précédents, mais seulement de baser sa sentence exclusivement sur ces précédents*”.

⁴¹ SCELLE, *Op. cit.*, p. 411.

⁴² SCELLE, *Op. cit.*, p.426. Do original: “*L'assimilation de la doctrine et de la jurisprudence est donc vicieuse, du point de vue de la technique juridique, puisqu'elle refuse aux juges un des attributs essentiels de la fonction juridictionnelle et, empêche celle-ci de jouer son rôle de régulateur et de stabilisateur de l'ordonnement juridique*”.

⁴³ Nesse sentido, ver SHAHABUDDEEN, Mohamed. *Precedent in the World Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. De igual maneira: PASTORE, Baldassare. *Il diritto Internazionale in un mondo in*

Obra de referência na temática, o curso de Hunphrey Waldock na Academia de Direito Internacional de Haia é taxativo ao especificar que a referência à aplicação subsidiária de “decisões judiciais” do artigo 38 refere-se ao seu caráter de precedentes estabelecendo regras gerais⁴⁴. Sob esta linha de pensar cabe a reflexão de Shabtai Rosenne ao afirmar que o direito internacional não possui como característica a associação da força obrigatória do precedente, a chamada doutrina do *stare decisis*⁴⁵. Contudo, Waldock é substancialmente preciso quando infere que os homens de 1920 não confiariam amplos poderes a uma Corte recém formada, sem experiência, e tendo como base, às suas costas, o distinto arquipélago de laudos arbitrais experimentados ao longo do século XIX. Existe ainda a argumentação de que as decisões judiciais na medida em que representam um comportamento realizado pelos Estados poderiam se configurar como uma evidência do costume, estando, portanto, inseridas no inciso relativo às normas costumeiras do artigo 38⁴⁶.

De todo modo, verifica-se que, da maneira como erigido, o Estatuto da Corte é restritivo. Foi construído para que o uso das decisões judiciais (e suas próprias decisões) assumissem uma função secundária na atividade jurisdicional da Corte. Ao se inserir o Estatuto nas discussões do período em que este foi formulado, sobretudo aquela que vindicava uma Corte para o desenvolvimento do direito internacional, pode-se perceber o paradoxo que ele representa. O discurso pró-Corte e pró-“jurisprudência” encontra os freios dos homens de Estado que cunham seu Estatuto. Sob diversas óticas, a Corte Permanente resta ainda dotada de fortes elementos arbitrais que longe de significar um verdadeiro rompimento, abraçam a continuidade da arbitragem.

Contudo, o Estatuto (como toda norma positiva) permanece sempre flexível à vontade do intérprete, muito mais que à vontade de seu criador. Se os homens de 1920 estatuíram que “a Corte não pode legislar”, certo é que a Corte ao longo de mais de noventa anos de prática em muito contribuiu para o desenvolvimento do direito internacional. As

trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?. *Ars Interpretandi: Rivista di Ermeneutica Giuridica*. pp. 157-195. 2011.

⁴⁴ WALDOCK, Hunphrey. *General Course of Public International Law*. Recueil des Cours. 1962, p.88. Do original: “The reference to ‘judicial decisions’ in paragraph I (d), it should be noticed, is to the decisions of arbitral and judicial tribunals in their character of precedents for establishing general rules, not in their character of awards or judgments binding upon the parties to the cases in which they were rendered.”

⁴⁵ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of modern international law : general course on public international law*. Recueil des cours, Volume 291, 2001, p. 68.

⁴⁶ ROUSSEAU, *Op. cit.*, p.369.

sutis (e mesmo as não sutis) alterações no ordenamento jurídico internacional ao longo do século XX foram sentidas na jurisprudência da Corte. Como afirma Baldassare Pastore, é exatamente por conta do caráter não institucionalizado, fragmentário, de um processo de produção jurídica disperso que possui o ordenamento internacional é que a jurisprudência ganha uma importância única, devendo exercitar um dever de “harmonização, de coerência, de conceituação e de sistematização, precisando e esclarecendo as regras que presidem as relações internacionais”⁴⁷. E ao realizar esta ação, assumem uma característica essencialmente criadora.

Quase como uma revanche pelo papel secundário a que são relegados, serão a doutrina e as decisões judiciais que, lentamente, ao longo do século XX, relativizarão a rigidez do Estatuto. Cabe verificar, portanto, de que maneira ocorreu tal transformação.

3. AS DECISÕES DA CORTE COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL: O DISCURSO DO DESENVOLVIMENTO E A PRÁTICA DA CORTE.

Uma vez inauguradas as atividades da Corte Permanente em 1922, este órgão jurisdicional começa então a produzir um corpo de decisões que, sendo moldadas pelos mesmos julgadores, possuem determinada coerência institucional. Ainda que não se pudesse reconhecer expressamente a autoridade do *precedente*, os juízes da Corte ao estatuir sobre um determinado caso, no corpo das argumentações que precedem o dispositivo das sentenças, relembram casos antecedentes, suas tomadas de decisões anteriores e a maneira que a Corte seguiu determinado argumento. Este movimento resta sobremaneira translúcido no que se refere aos próprios procedimentos da Corte⁴⁸, na maneira como ela age em relação às suas normas processuais.

A Corte, num movimento de legitimação de seus próprios julgados, acaba por moldar uma jurisprudência autorreferencial que dialoga e nas situações em que assume uma posição incongruente com suas decisões anteriores, explicita os motivos de sua distinção⁴⁹, em muito se aproximando da maneira de julgar adotada pelo sistema da *common law*. É

⁴⁷ PASTORE, *Op. cit.*, p. 165. Do original: “*Qui emerge l'importanza della giurisprudenza e della dottrina, che sono chiamate ad esercitare compiti di armonizzazione, di coerentizzazione, di concettualizzazione e sistematizzazione, precisando e chiarendo le regole che presidono alle relazioni internazionali.*”

⁴⁸ SHAHABUDDEEN, *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁹ BROWNLIE, Ian. International law at the fiftieth anniversary of the United Nations : general course on public international law. *Recueil des cours*, Volume 255, 1995, p. 22.

importante salientar que a Corte não usa direta e unicamente a autoridade dos julgados anteriores, mas a ele faz referência para embasar e solidificar o posicionamento assumido na nova contenda. Esse fenômeno começa a interessar a ciência do direito, em particular, os internacionalistas das décadas de 20 e 30 que com atenção se debruçam sobre este novel fenômeno que advém com a jurisdição permanente.

Um dos desdobramentos dos estudos desses juristas é exatamente a ideia de que a Corte, ao assentar posicionamentos que posteriormente seriam por ela referenciados com peso de autoridade, estaria desenvolvendo o direito internacional. Não se trata unicamente de decidir ante um novo caso e com isso contribuir ao direito internacional. Este exercício era efetuado pela arbitragem e não havia em torno a ela tal aura de “desenvolvimento”. Trata-se da autoridade de um tribunal que, ao decidir, pode assumir novamente, no futuro, posição similar; seja porque os mesmos juízes – os mandatos são de nove anos – julgariam a causa, seja porque existe uma ideia de continuidade institucional cingindo o tribunal permanente. É nesse contexto que surge em 1933 uma série de ensaios escritos pelo vitoriano⁵⁰ Hersch Lauterpacht, intitulado “*The Development of International Law by the International Court*”.

Com uma versão atualizada em 1958, quando Lauterpacht já ocupava uma das quinze cadeiras de juízes da Corte Internacional de Justiça, a obra se focaliza na análise do corpo de decisões emitido pela Corte e de que maneira estas decisões, ao enfrentar princípios e aplicar normas, contribui para o desenvolvimento do próprio direito internacional.

Embora reconhecesse o papel primordial que a Corte Permanente possuía no escopo de manutenção da paz – discurso que sempre envolveu a arbitragem e, por consequência, a solução judiciária⁵¹ – Hersch Lauterpacht identifica a intrínseca função da

⁵⁰ Hersch Lauterpacht, nascido em 1897 e falecido em 1960 é, em verdade, nascido no Império Austro-Húngaro, tendo posteriormente emigrado à Inglaterra. Um dos grandes nomes do panteão do direito internacional, muito já se escreveu sobre sua vida e sobre a importância de seus escritos. Em especial, cita-se aqui a análise de sua influência na obra de KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 406-411. No Brasil, excelente análise sobre a obra do autor foi realizada pelo professor George Bandeira Galindo, “Hersch Lauterpacht: uma introdução”, ensaio que ainda se encontra no prelo.

⁵¹ Sobre o assunto ver LIMA, Lucas Carlos. *Entre a arbitragem e adjudicação: O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional no Modelo de Jurisdição entre Estados*. Monografia (Graduação em Direito). Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

Corte de “desenvolver e clarificar as regras e princípios do direito internacional”⁵². Esse desenvolvimento, nos termos do autor, nasce exatamente da crítica ao modelo arbitral anterior à existência da Corte, sobretudo através das análises negativas realizadas pela ciência jurídica sobre as sentenças arbitrais proferidas no período⁵³.

Num perene movimento de tensão⁵⁴ entre cautela judicial (*judicial caution*⁵⁵) e legislação judicial (*judicial legislation*⁵⁶), a Corte desenvolve o direito internacional de diversas maneiras apontadas na obra de Lauterpacht. Em especial, ainda que não afirme categoricamente que “os precedentes da Corte Internacional de Justiça são fontes do direito internacional”, não nega tal possibilidade, afirmando, inclusive, que os juízes acabam por viver num paradoxo de que são, ao mesmo tempo, “dóceis servos do passado e tiranos do futuro”⁵⁷, exatamente pelo fato de que o peso de suas decisões vinculam em alguma medida o posicionamento a ser tomado nos novos casos julgados. Nas palavras do autor, os precedentes judiciais:

São evidência do que a Corte considera ser o direito; eles são uma confiável indicação da futura atitude da Corte; sob uma análise prática, eles mostram, por isso, o que é o direito internacional. De fato, eles estão substancialmente no mesmo patamar das fontes enumeradas nos primeiros três parágrafos do artigo 38. Formalmente, elas podem ser somente um meio subsidiário de determinação de quais são essas fontes. O efeito é o mesmo⁵⁸.

O pragmatismo de Lauterpacht ao analisar o caso – é como se dissesse que “de todo modo, os precedentes serão utilizados e por vezes equiparados às três primeiras fontes” – é pioneiro na análise dos desdobramentos e do desenvolvimento do direito internacional operado pela Corte Permanente e, posteriormente, pela Corte Internacional de

⁵² LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p.05. Do original: “*Debarred from directly acting as an important instrument of peace, the Court has made a tangible contribution to the development and clarification of the rules and principles of international law*”.

⁵³ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 06.

⁵⁴ Sobre a temática, ver MCWHINNEY, Edward. The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1, pp.3-13, 2006.

⁵⁵ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 75-148.

⁵⁶ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 155-220.

⁵⁷ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 21. Do original: “*Witness the indifference with which lawyers are prepared to accept the paradoxical assertion that judges are at the same time docile servant of the past and tyrants of the future*”

⁵⁸ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 22. Do original: “*They are evidence of what the Court considers to be law; they are a reliable indication of the future attitude of the Court; for most practical purposes they show, therefore, what international law is. In fact they are to a substantial degree identical with the sources of law enumerated in the first three paragraphs of Article 38. In form they may be merely a subsidiary means for determining what these sources are. The effect is the same*”.

Justiça. Ainda na contemporaneidade à sua obra são feitas referências nas análises e nos estudos sobre a Corte. Estudos esses que, tomando-o como base, disseminaram a ideia de que a Corte possui um importante papel no desenvolvimento do direito internacional.

Ante essa perspectiva e com a crescente e pujante atividade jurisdicional da Corte, nasce uma nova discussão no âmbito da ciência jurídica internacionalista (e ela não deixa de ser um desdobramento da discussão apontada até o momento): se a Corte desenvolve o direito ou se ela efetivamente o cria. Se num primeiro momento as duas concepções aparentemente se aproximam, no seu enfrentamento reside uma sutil diferenciação que, no âmbito teórico, altera a dinâmica de fontes jurídicas do ordenamento jurídico internacional.

Segundo Pellet, o desenvolvimento progressivo do direito internacional pode ser entendido como a atividade judicial da Corte que, em virtude da cada vez mais frequente discussão acerca do verdadeiro conteúdo das normas do direito internacional – inclusive de sua existência – ao decidir um caso concreto, escolhendo entre as possíveis normas à aplicar ou qual a interpretação mais defensável, acaba por fornecer uma contribuição ao direito, vez que acerca daquela exata temática tende a eliminar possíveis discussões⁵⁹. Diferencia-se, portanto, da legislação judicial, que seria, nesse contexto, o ato criativo por parte da Corte na resolução do conflito, decidindo *ex novo*, dissociando-se da vontade dos Estados, constituindo ela própria uma terceira vontade ante às normas por eles criadas.

Embora não se possa aprofundar a temática no presente trabalho⁶⁰, é importante ressaltar a existência dessa discussão porque será ela que fornecerá as lentes para a análise do próprio trabalho da Corte. De um lado, pode-se considerar que todas as “contribuições” realizadas no âmbito do direito internacional efetuadas pela Corte são atos de mero desenvolvimento, de uma interpretação das normas vigentes, enquanto que, por via distinta, pode se entender tal atuação da Corte como uma verdadeira e própria atividade criativa da função judicial por ela exercida.

Independente da corrente ao qual se possa vir a filiar, fato é que a Corte, além de fazer expressa referência às suas próprias decisões anteriores, em alguns setores do direito internacional oferece uma inquestionável contribuição hermenêutica e, pode-se afirmar, material. Há uma extensa bibliografia que utiliza o termo “desenvolvimento do direito

⁵⁹ PELLET, *Op. cit.*, p. 1068.

⁶⁰ Ver SHAHABUDDEEN, *Op. cit.*, pp. 67-97. E de igual modo, PELLET, *Op. cit.*, pp. 1074-1083.

internacional” por parte da Corte, demonstrando a importância e o alto número de decisões relativas a diversas temáticas do direito internacional que são enfrentadas por ela. Mesmo os autores não se posicionando de maneira definitiva e clara se enxergam a atividade da Corte como criadora ou meramente intérprete do direito internacional, demonstram que a atividade da Corte é incessante e oferece novas perspectivas quanto ao ordenamento jurídico, quanto às fontes do direito internacional e quanto à própria maneira de interpretá-las⁶¹.

Uma dessas principais contribuições realizada pela Corte é efetivamente a capacidade desta desenvolver o direito da Organização das Nações Unidas. Através de suas opiniões consultivas⁶², respondendo a consultas realizadas pela Organização, a Corte encontrou oportunidade para, diversas vezes, realizar a construção e lapidação de um *direito constitucional* da organização, em sua função primordial de intérprete da Carta de São Francisco, papel constitucional este que já foi reconhecido pela Assembleia da Organização⁶³.

Numa dessas ocasiões, em que respondia a uma consulta realizada pela Organização, a Corte defrontou-se com uma característica primordial do ordenamento jurídico, qual seja a da subjetividade jurídica internacional, no caso *Reparação por danos sofridos a serviço das Nações Unidas*, de 1949, também conhecido como *Caso Bernadotte*⁶⁴. Além de romper com o monopólio da subjetividade jurídica por parte do

⁶¹ Nesse caso, faz-se especial referência à contribuição da Corte ao direito dos tratados relativo à compatibilidade de um tratado com o objeto da Corte. Para mais ver PALCHETTI, Paolo. Sull'accertamento della compatibilità di una riserva con l'oggetto e lo scopo del trattato da parte della Corte internazionale di giustizia. *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 647-679.

⁶² Previstas nos artigos 65 a 68 do Estatuto, as opiniões consultivas não possuem um caráter contencioso, sendo definidas por referido dispositivo nos seguintes termos: “A Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta das Nações Unidas ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido. As questões sobre as quais for pedido o parecer consultivo do Tribunal serão submetidas a ele por meio de petição escrita, que deverá conter uma exposição do assunto sobre o qual é solicitado o parecer e será acompanhada de todos os documentos que possam elucidar a questão.”

⁶³ Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Resolução 171, II, 1947: “Considering that it is also of paramount importance that the Court should be utilized to the greatest practicable extent in the progressive development of international law, both in regard to legal issues between States and in regard to constitutional interpretation”

⁶⁴ Trata-se do caso do conde sueco Folke Bernadotte que, à serviço das Nações Unidas na mediação do conflito Israel em Palestina, acaba por ser assassinado. O questionamento trazido à Corte relaciona-se à possibilidade de a Organização das Nações Unidas exigir a reparação contra um determinado Estado.

Estado reconhecendo definitivamente a personalidade jurídica das organizações internacionais⁶⁵, a Corte relativiza a própria noção de personalidade ao afirmar que

Os sujeitos de direito, num sistema jurídico, não são necessariamente idênticos quanto a sua natureza ou ao alcance dos seus direitos e a sua natureza depende das necessidades da comunidade. Em toda a sua história, o desenvolvimento do direito internacional tem sido influenciado pelos requerimentos da vida internacional, e o progressivo aumento das atividades coletivas dos Estados “o aumento progressivo nas já dá margem a instâncias de ação, no plano internacional, a certas instituições que não são Estados⁶⁶”.

Nesse exercício, a Corte, nas palavras de Pellet, “colocou um final (feliz) na tradicional e restritiva concepção de que direito internacional é puramente um sistema interestatal⁶⁷”. Nota-se, portanto, a Corte exercendo importante reconhecimento na mudança de um paradigma, sobretudo ao se considerar a noção clássica vigente à época, que se defrontava com uma nova organização diferente do modelo estatal, sempre pautada por uma ideia de “necessidade da comunidade”, observando os “requerimentos da vida internacional”.

Uma das áreas que mais se beneficiou com a atividade “criadora” da Corte foi o Direito do Mar⁶⁸. Com sua efetiva regulamentação cristalizada somente em 1982 através da Convenção de Montego Bay, coube à Corte, na resolução de litígios envolvendo direito marítimo, delimitar determinados conceitos, como, por exemplo, o das “linhas de base” no caso *Fisheries* de 1951⁶⁹, conceito este que foi reconhecido e positivado na própria Convenção do Direito do Mar. Nessa área, Ian Brownlie⁷⁰ afirma que a Corte realiza um

⁶⁵ “A Organização estava destinada a exercer funções e a gozar de direitos – o que ela fez – que só podem explicar-se se a Organização possuir uma vasta medida de personalidade internacional e a capacidade de agir no plano internacional” (CIJ, 1949, p.179).

⁶⁶ CIJ, 1949, p. 178. Do original: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.

⁶⁷ PELLET, *Op. cit.*, p.1069. Do original: “Similarly, the elucidation by the ICJ of the international personality of the UN and, more generally, of international organizations in the *Reparation Advisory Opinion*, certainly went further than a pure application of existing rules and greatly contributed to the development of international law. I would go as far as asserting that, in so doing, the Court has put an (happy) end to the traditional restricted conception of international law as a purely inter-states system.”

⁶⁸ Sobre o tema, ver AMOR, Bernardo Sepúlveda. *The International Court of Justice and the Law of the Sea. Anuário Mexicano de Derecho Internacional*. 2012, pp 3-26. E igualmente LOWE, Vaughan; TZANAKOPOULOS, Antonios. *The Development of the Law of the Sea by the International Court of Justice. Oxford Legal Studies Research Paper No. 74*, 2012.

⁶⁹ CIJ, 1951, p. 116.

⁷⁰ BROWNLIE, *Op. cit.*, P. 47

verdadeiro exercício de "law making", enquanto que Pellet utiliza o termo de função “quase-normativa” da Corte Internacional.

Interessante notar exatamente o movimento de posterior positivação dos posicionamentos assumidos. A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, responsável pela codificação do direito internacional e por elaborar projetos de convenções a serem submetidas à Assembleia da Organização, tem o costume de levar em consideração os posicionamentos assumidos pela Corte⁷¹ e as construções teóricas por ela realizadas para a propositura dos projetos de tratados internacionais. Nesse caso, o papel de positivação de normas internacionais realizado pela Corte é indireto, mas ainda assim serve a demonstrar a importância dos posicionamentos por ela assumidos.

Philippe Cahier aponta que uma das maneiras pelas quais a Corte exerce atividade criadora do direito internacional é quando ela concede uma categoria mais importante à determinadas regras costumeiras em relação à outras⁷². Nessa operação, a Corte estaria distinguindo determinadas normas, reafirmando seu *status* fundamental dentro da ordem jurídica. Em igual sentido pronuncia-se Luigi Condorelli, para quem é exatamente por conta da natureza ímpar do direito internacional que a jurisprudência acaba assumindo um papel essencial porque a ela

compete naturalmente o dever de colocar em evidência - através de um esforço de síntese a partir de elementos esparsos e heterogêneos, se não por vezes divergentes - qual é a lógica unitária que preside as relações internacionais e quais as regras as quais estas devem se conformar⁷³

Sob esta linha de pensar, relega-se à Corte um papel ordenador dentro da dinâmica jurídica internacional, na medida em que, em não havendo uma cerrada disposição dos valores que determinadas normas assumem no ordenamento e de que maneira se relacionam, será a Corte, ao decidir um litígio, a sistematizar esta relação.

A título de exemplo, Cahier utiliza o caso *Burkina Faso x Mali*, cuja sentença de 1986 estabeleceu que “o princípio do *uti possidetis* manteve-se no patamar dos princípios

⁷¹ Para mais sobre o papel da Comissão de Direito Internacional utilizando os julgamentos da Corte, ver PELLET, *Op. cit.*

⁷² CAHIER, Philip. *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*. 1. In: *Theory of international law at the threshold of the 21 century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski* (The Hague; Boston, Mass.; Kluwer Law International, 1996), p. 355.

⁷³ CONDORELLI, Luigi. *Fonti del Diritto Internazionale*. In: CASSESE. *Dizionario di Diritto Pubblico*. Vol. III. pp.2554-2574. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 2559. Do original: "ad esse compete naturalmente il compito di mettere in evidenza - attraverso uno sforzo di sintesi a partire da elementi sparsi ed eterogenei, se non addirittura divergenti - quale è la logica unitaria che presiede alle relazioni internazionali, e quali le regole alle quali esse debbono conformarsi"

jurídicos os mais importantes, não obstante a aparente contradição que implica sua coexistência com as novas normas”⁷⁴. Desse modo, o aludido princípio manteve sua preponderância em relação às demais normas evocadas ao caso, devido a sua predominância enquanto norma superior no direito internacional.

Nesse sentido, pode-se analisar a recente decisão proferida pela Corte no *Caso da Imunidade de Jurisdição do Estado*, promovido pela Alemanha contra a Itália, tendo como terceiro interessado a Grécia. Em brevíssimo resumo⁷⁵ - incapaz de demonstrar a complexidade do litígio - o cerne do caso estaria no embate da tese de relativização da imunidade de jurisdição do Estado alemão dentro do judiciário italiano através da fundamentação dos direitos humanos e, posteriormente, de normas *ius cogens*. Sublevando o princípio da imunidade do Estado, a Corte, em sua *ratio decidendi*, argumentou que

a Corte considera que a regra de Imunidade de Estado ocupa um importante lugar no direito internacional e nas relações internacionais. Ela deriva do princípio da soberana igualdade dos Estados, a qual, segundo o artigo 2, parágrafo 1, da Carta das Nações Unidas, deixa claro ser um dos princípios fundamentais da ordem jurídica internacional. (...) Exceções à imunidade do Estado representam um afastamento ao princípio da igualdade soberana⁷⁶.

No excerto em comento, é de se notar que muito embora exista uma expressa previsão normativa da superioridade da norma (o art. 2º da Carta), coube à Corte ministrá-la no caso concreto, redefinindo seu valor jurídico, sobretudo quando cotejado com outros princípios do ordenamento (direitos humanos). Cabe pontuar que o resultado do litígio foi a condenação da Itália por ter violado a regra da imunidade de Estado. A decisão da Corte foi considerada pelos comentadores uma vitória da concepção tradicional do direito

⁷⁴ CIJ, 1986, p. 567. Do original: “*Le principe de l’uti possidetis s’est maintenu au rang des principes juridiques les plus importants, nonobstant l’apparente contradiction qu’impliquait sa coexistence avec les nouvelles normes.*”

⁷⁵ Para maiores informações sobre o caso, ver o resumo do mesmo na sentença da Corte, em 2012. De igual modo, conduz-se ao trabalho de GATTINI, A. *The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is The Time Ripe For a Change of the Law?* *Leiden Journal of International Law*, n.º. 24, pp. 173-200. 2011. E, mais recentemente, após a decisão, STEPHAN, Paul B. *Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant.* *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No.* 2012-47. Agosto de 2012.

⁷⁶ CIJ, 2012, p. 24. Do original: “*The Court considers that the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order. This principle has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it.*”

internacional⁷⁷, exatamente porquanto relevou a importância de um determinado princípio clássico em relação a outros dentro do sistema internacional.

Ante esse contexto, Cahier é categórico ao afirmar que a jurisprudência merece um lugar diverso na enumeração de fontes prevista no artigo 38 do Estatuto da Corte⁷⁸, não sendo meramente relegada ao papel interpretativo. Porém, se lançarmos mão do pragmatismo das palavras de Lauterpacht pode-se afirmar que a previsão do artigo 38 não impede que a jurisprudência exerça um papel distinto – e mais importante – que aquele que a norma de 1920 relegou.

Nessa discussão, ainda que breves exemplos não possam compreender a completude da atividade da Corte, servem a ilustrar exatamente de que maneira a atividade da Corte relativiza – juntamente com os escritos dos internacionalistas – a rigidez de seu Estatuto. A visão eminentemente positivista que embalsama o Estatuto quando de sua forja rompe-se lentamente à medida que a vida da Corte demonstra – com relativo sucesso – a capacidade do direito internacional tornar-se um direito também casuístico⁷⁹. O juiz Robert Jennings inclusive alertou para uma mudança nas fontes do direito internacional iniciada no início dos anos 30: direito internacional tornou-se *case law*⁸⁰. De maneira mais intensa, Pastore afirma que a “jurisprudência da Corte é um fator decisivo de posituação do direito”⁸¹,

Independente da intensidade das palavras que descrevam o fenômeno, é inegável que este se tornou uma característica intrínseca do direito internacional no século XX e de igual forma no século XXI. Sua contínua transfiguração e lapidação o demonstram. Tal qual a arbitragem no início do século XX, que a Corte – e outras Cortes – ganhou seus comentadores, seus estudiosos, seus críticos, seus “admiradores, sua literatura, sua propaganda”. Ainda que as vozes dissonem, por vezes intensamente, seu diálogo é a comprovação de um fenômeno que alterou significativamente a dinâmica do ordenamento jurídico internacional.

⁷⁷ STEPHAN, *Op. cit.*, p. 05.

⁷⁸ CAHIER, *Op. cit.*, p. 364.

⁷⁹ Nesse sentido já se posicionaram Arnold MacNair e Robert Jennings, conforme SHAHABUDEEN, *Op. cit.*, p. 15.

⁸⁰ JENNINGS, Robert. An International Lawyer Takes Stock, *International and Comparative Law Quarterly* n° 39, 1990, p.519.

⁸¹ PASTORE, *Op. cit.*, p. 184.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No escopo de demonstrar os debates que circunscrevem a ideia do desenvolvimento do direito internacional como um fenômeno intrínseco do século XX e que nasce em oposição a uma lógica essencialmente arbitral calcada no século XIX, o presente trabalho verificou a importância que o debate sobre as fontes do direito internacional assume na contemporaneidade. Seja em relação às normas aplicadas pela Corte, seja em descobrir qual a função que as decisões exercem no direito internacional, examinou-se que o debate sobre fontes insere-se sempre num determinado contexto, diretamente relacionado aos sujeitos e ao modo como o próprio ordenamento vem edificado.

O pano de fundo no qual se delineia o campo de tensão é aquele em que se enxerga os defensores do Estado e os defensores de um direito jurisprudencial, sendo este um direito que é nocivo exatamente porque foge do controle do velho paradigma estatalista. O Estatuto da Corte vem cunhado num momento específico, motivo pelo qual assume seus rígidos contornos. A prática da Corte Internacional de Justiça e os escritos dos internacionalistas que acompanham “as necessidades da vida internacional” – para citar a própria Corte – flexibilizaram as concepções do Estatuto, relativizando também a noção das fontes do direito. Nesse contexto revela-se o posto de vanguarda que assumem as decisões da Corte Internacional de Justiça no desenvolvimento do direito internacional.

Os problemas levantados ao longo deste trabalho agudizam-se ao se considerar o complexo panorama de órgãos jurisdicionais permanentes que na contemporaneidade compõem a constelação judiciária internacional. Não só as decisões da Corte relativizam o sistema de fontes, mas as decisões de outros tribunais e a maneira como se relacionam contingencialmente com os ordenamentos que lhe são imediatos.

A Corte Internacional de Justiça exerce, portanto, uma função de diagramadora dessa constelação, sopesando princípios e ministrando normas, ou até mesmo, servindo de arcabouço prático de futuras normas positivas, como evidenciado no caso das contribuições da Corte ao direito internacional do mar.

Como demonstrado, ainda que os Estados membros da Corte façam adesão a um Estatuto que limita o poder da Corte, ao se vincularem a esta instituição inserem-se num ordenamento próprio erigido e esmerilhado por sua jurisprudência. Daí a necessidade de

conhecê-la, a fim de que quando um Estado a ela for recorrer tenha amplo conhecimento de seus posicionamentos e suas acepções. Tal consideração revela-se ainda mais necessária ao se pensar na política externa de determinados Estados em relação aos seus meios pacíficos de resolução de controvérsias, ou então no que toca à adesão compulsória à jurisdição internacional como no caso, por exemplo, da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.

Estes são problemas que os homens de 1920 não tinham em suas mentes quando elaboraram o estatuto com a clara ideia de que “a Corte não deve legislar”. A Corte não legisla, é verdade, mas desempenha um papel único no âmbito do ordenamento jurídico internacional. Talvez seja possível questionar se, na atualidade, frente a uma possível reforma do Estatuto, seria relegada às decisões judiciais da Corte uma autoridade distinta daquela de “meio auxiliar” preconizado no Estatuto de 1920. Independente da resposta a que se chegasse ante a hipotética demanda, seria certo que a atividade jurisprudencial da Corte construída historicamente não se eximiria a desempenhar sua função no ordenamento jurídico internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. The work and the jurisprudence of the international court of justice 1947-1986. *British Yearbook of International Law*. Ed. 58, 1988. pp.31-38,
- BROWNLIE, Ian. International law at the fiftieth anniversary of the United Nations : general course on public international law. *Recueil des cours*, Volume 255, 1995, pp. 9-228.
- CAHIER, Philip. Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international. I. In: *Theory of international law at the threshold of the 21 century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski* (The Hague; Boston, Mass.; Kluwer Law International, 1996). p. 353-365.
- CONDORELLI, Luigi. *Fonti del Diritto Internazionale*. In: CASSESE. *Dizionario di Diritto Pubblico*. Vol. III. pp.2554-2574 Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Fisheries (United Kingdom v Norway), 1951.
Frontier Dispute (Burkina Faso v Republic of Mali), 1986.
Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012.
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Jurisdiction and Admissibility, 1984.
Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Parecer Consultivo, 1949.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Series A. S.S. Wimbledon. Judgement of 17 August 1923.
- GATTINI, A. The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is The Time Ripe For a Change of the Law? *Leiden Journal of International Law*, nº. 24, pp. 173-200. 2011.

JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. *Oppenheim's International Law*. 9th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008

JENNINGS, Robert. An International Lawyer Takes Stock, *International and Comparative Law Quarterly* n° 39, 1990.

KAMMERHOFER, Jörg. Introduction To: Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee June 16th-July 24th, 1920. September, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1535963>. Data de acesso: 21/11/2012.

LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens & Sons Ltda, 1958.

LIMA, Lucas Carlos. Entre a arbitragem e adjudicação: O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional no Modelo de Jurisdição entre Estados. Monografia (Graduação em Direito).Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

MCWHINNEY, Edward. The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1, pp.3-13, 2006.

OPPENHEIM. Lassa. *The Future of International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1921.

PACTO DA LIGA DAS NAÇÕES, 1919.

PALCHETTI, Paolo. Sull'accertamento della compatibilità di una riserva con l'oggetto e lo scopo del trattato da parte della Corte internazionale di giustizia. *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 647-679.

PASTORE, Baldassare. Il diritto Internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?. *Ars Interpretandi: Rivista di Ermeneutica Giuridica*. pp. 157-195. 2011.

PELLET, Alain. Article 38. in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, Oxford UP, 2006, pp. 677-792

PELLET, Alain. Shaping the Future in International Law: The Role of the World Court in Law-Making, In: *Looking to the Future - Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2010. Pp. 1065-1083.

POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*. Paris: Librairie Hachette, 1924.

PROCÈS-VERBAUX OF THE PROCEEDINGS OF THE ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS, 1920.

ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of modern international law : general course on public international law*. Recueil des cours, Volume 291, pp. 9-471, 2001.

ROUSSEAU, Charles de. *Droit International Public*. Tome I: Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970.

SCELLE, Georges. Essai sur les sources formelles du droit international. In: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*. Tome III. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.

SHAHABUDEEN, Mohamed. *Precedent in the World Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

STEPHAN, Paul B. Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2012-47*. Agosto de 2012.

TOMUSCHAT Christian. *International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law*. Recueil des cours. Volume 281 1999, pp. 9-438.

VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Publico. 4º. Ed. Madrid: Ed. Aguilar, 1961.
Tradução: Antonio Truyol y Serra.
WALDOCK, Hunphrey. General Course of Public International Law. Recueil des Cours.
1962.
WEHBERG, Hans. The Problem of an International Court of Justice. Oxford: Clarendon
Press, 1918.