

LUCAS CARLOS LIMA

**O USO AUTORITATIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS
INTERNACIONAIS PELA CORTE INTERNACIONAL DE
JUSTIÇA: PRECEDENTE E *JUDICIAL LAWMAKING* NO
DIREITO INTERNACIONAL**

Florianópolis
2013

LUCAS CARLOS LIMA

**O USO AUTORITATIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS
INTERNACIONAIS PELA CORTE INTERNACIONAL DE
JUSTIÇA: PRECEDENTE E *JUDICIAL LAWMAKING* NO
DIREITO INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.

Florianópolis,
2013

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Lima, Lucas Carlos

O uso autoritativo das decisões judiciais
internacionais pela Corte Internacional de Justiça:
precedente e judicial lawmaking no direito internacional
/ Lucas Carlos Lima ; orientador, Arno Dal Ri Júnior -
Florianópolis, SC, 2013.
153 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito Internacional Público. 3. Corte
Internacional de Justiça. 4. Lawmaking. 5. Precedente. I.
Dal Ri Júnior, Arno. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

RESUMO

O problema principal que este trabalho analisa é o uso autoritativo que a Corte Internacional de Justiça faz de suas próprias decisões como fontes do direito internacional nos termos do artigo 38, alínea d, de seu estatuto, e a partir disso verifica se este uso contribui ao desenvolvimento do direito internacional. A norma em questão define as decisões judiciais como “meios subsidiários” para a determinação do direito internacional, contudo a Corte, através de uma constante prática, tem conferido um autoritativo às próprias decisões. Ante a problemática delineada, esta dissertação parte de uma abordagem histórica, verificando as raízes do dispositivo apontado bem como as discussões doutrinárias que circunscreviam a ciência internacional do período. Num segundo momento, analisará a discussão acerca do uso das decisões judiciais enquanto fontes do direito internacional no âmbito da doutrina, buscando delinear uma teoria do uso do precedente no direito internacional. Por deslinda, analisa-se o corpo de decisões da Corte Internacional de Justiça verificando como a própria Corte utiliza suas decisões e confere-lhe caráter autoritativo demonstrando que, ao fazê-lo, desenvolve algumas áreas do direito internacional. À guisa de conclusão, percebe-se que uso autoritativo de suas próprias decisões transforma as decisões da Corte não apenas num meio subsidiário mas também uma fonte alternativa de juscidicidade no ordenamento jurídico internacional.

Palavras-chave: Corte Internacional de Justiça. Lawmaking. Precedente.

ABSTRACT

The main subject analyzed by the present work is the employment by the International Court of Justice of its own caselaw as an authoritative source of international law in accordance with article 38, 1, (d) of its Statute, and whether such use contributes to the development of international law. The aforementioned norm defines the judicial decisions as “subsidiary means” for the determination of international law; however, the Court, through continuous practice, has attributed a different character to its own decisions. In view of this context, the present dissertation contemplates a historical approach, verifying the roots of the aforesaid article as well as the scholar discussions on international science at that period. It will then be studied the academic discussion on the use of the judicial decisions as an actual source of international law, therefore aiming to establish a theory for the use of precedents in international law. In order to do so, this work also addresses to the caselaw of the International Court of Justice, and hence verifies how the Court uses its own decisions and gives them authoritative character, and by doing so, it develops some areas of international law. It is then concluded that the authoritative use of the Court’s own decisions characterizes them not only as subsidiary means but also as an alternative source of juridicity in the international law system.

Keywords: International Court of Justice; Lawmaking; Precedent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ANTECEDENTES AO PROBLEMA DOS PRECEDENTES: A SEDIMENTAÇÃO DE UM SISTEMA JURISDICIONAL INTERNACIONAL.....	15
2.1 O ARCABOUÇO ARBITRAL DO SISTEMA INTERNACIONAL DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INTERNACIONAIS: BASES DO PROBLEMA.....	18
2.2 A FORMAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL PERMANENTE: PROBLEMAS NA CONFIGURAÇÃO DA CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL.....	31
2.3 OS DEBATES ACERCA DO USO DE DECISÕES JUDICIAIS NO COMITÊ DE JURISTAS DE 1920 E A FUNÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	52
3 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO FONTES E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	73
3.1 A FLEXIBILIZAÇÃO DA DOCTRINA CLÁSSICA DE FONTES E OS ARTIGOS 38 E 59 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.....	74
3.2 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL: O DEBATE CONTEMPORÂNEO.....	86
3.3 HERSCH LAUTERPACHT E A IDEIA DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL ATRAVÉS DE DECISÕES JUDICIAIS.....	101
4 O USO AUTORITATIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: ENTRE PRECEDENTES E LAWMAKING.....	115
4.1 A PRESUNÇÃO DE AUTORIDADE DAS DECISÕES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E A NÃO APLICAÇÃO DA DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i> NO DIREITO INTERNACIONAL.....	116
4.2 DECISÕES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA OUTORGANDO AUTORIDADE ÀS DECISÕES JUDICIAIS.....	125
4.3 <i>LAWMAKING</i> NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA..	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	145
REFERÊNCIAS.....	148

1 INTRODUÇÃO

O recente fenômeno de multiplicação de tribunais internacionais¹ para resolução de conflitos entre Estados alterou de maneira significativa a forma de se compreender a Comunidade Internacional contemporânea, bem como o direito dela proveniente. Nas palavras de Benedict Kingsbury, está-se diante de um novo paradigma de solução litigiosa de controvérsias internacionais que se desenvolveu a partir da década de 90, em contraposição ao clássico modelo episódico e interestatal². A necessidade de cognição dos problemas surgidos ante essa nova fenomenologia cria a necessidade do entendimento do funcionamento sistêmico desses tribunais, bem como a importância que as decisões por eles emitidas ganham no sistema de fontes do direito internacional.

Ante este cenário, a posição do problema que se intenta neste projeto incide diretamente dentro da discussão maior sobre a influência das fontes do direito internacional e especificamente quanto ao direito aplicável pela Corte Internacional de Justiça e a forma como Estados a ela se relacionam. Ao se questionar acerca da atual sistemática de fontes, o juiz da Corte de Haia brasileiro, Cançado Trindade³ afirma a

¹ A título de exemplificação do fenômeno, pode-se citar a 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 completa análise das jurisdições internacionais permanentes, ver ROMANO, Cesare P. R. *A Taxonomy of International Rule of Law Institutions*. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 2, pp. 241–77, 2011. Na literatura brasileira, faz-se referência especialmente a RANGEL, Vicente Marotta. *Evolução da Justiça Internacional*. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo: Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

² KINGSBURY, Benedict. *International Courts: Uneven Judicialization in Global Order*. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. **Cambridge Companion to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Reavaliação Crítica da Teoria Clássica de suas*

necessidade de se repensar o papel das fontes do direito internacional dentro do atual sistema interestatal de resolução de conflitos, apontando inclusive o papel de protagonista que a jurisprudência assume na contemporaneidade. Por que estudar as fontes aplicadas na Corte Internacional de Justiça? A resposta a esta demanda se verifica porque na atualidade, a discussão sobre fontes do direito internacional parte quase que necessariamente de digressões acerca do “incontornável artigo 38”⁴ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que dispõe sobre as normas que a Corte aplicará. Para sua compreensão, é necessário perceber a maneira como historicamente veio construído quando de sua elaboração.

Nesse contexto, por conta de sua atividade solene, por conta de sua longa história de ser a mais antiga jurisdição internacional, por ser o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas, a atividade da Corte Internacional de Justiça em relação aos demais órgãos jurisdicionais internacionais ganham um papel de grande relevância no que se refere à autoridade das decisões judiciais. É interessante notar, como bem o fez o juiz Robert Jennings, que levando em consideração que “decisões judiciais são tão importantes para o desenvolvimento do direito internacional é surpreendente que relativamente tão pouco tenha se feito para elaborar princípios que governem o uso de precedentes no direito internacional”⁵.

Ante este contexto o problema sobre o qual este trabalho se debruça é o seguinte: a Corte Internacional de Justiça utiliza suas próprias decisões autoritativamente, desenvolvendo o direito internacional através de um processo de *lawmaking*? A hipótese principal avançada é que sim, que a Corte Internacional de Justiça, a despeito do campo de tensão em que inserido o debate, utiliza suas decisões autoritativamente desenvolvendo o direito internacional.

Fontes'. In: CANÇADO TRINDADE, A.A. **Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 38.

⁴ O termo é de DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, v. 297, pp. 9-489, 2002, p. 121.

⁵ (JENNINGS, Robert Y. General Course on Principles of International Law. **Recueil de L'Academie de Droit International de L'Haye**, n. 121, 1967, p. 342). Do original: “*judicial decision has become so important in the development of international law it is surprising that relatively so little has been done to elaborate principles governing the use of precedents in international law*”

Estabelecidas as premissas do problema que esta dissertação analisa, enfrenta-se a forma que esse trabalho se encontra estruturado. Num primeiro capítulo, partindo-se de uma análise histórica busca-se a resposta a três essenciais perguntas: a) qual era a concepção de resolução de controvérsias internacionais antes do primeiro órgão jurisdicional internacional permanente?; b) como se consolidou tal órgão?; c) como se delimitou a questão da aplicação das decisões judiciais no interior deste órgão?

No segundo capítulo afasta-se do objetivo do conhecimento histórico e parte-se ao entendimento das discussões sobre as decisões como fontes do direito internacional. Pode-se falar nas decisões judiciais ou numa jurisprudência enquanto fontes do direito internacional? Analisa-se então o campo de tensão entre uma concepção estritamente positivista e voluntarista e aquela que concede à Corte um papel de importância no sistema jurídico internacional.

Por fim, no terceiro capítulo parte-se a uma tópica análise de dois fenômenos que emergem no interior da Corte internacional de justiça que estão aptos a responder esta questão: o uso autoritativo das decisões judiciais pela própria Corte e o fenômeno de *lawmaking* ou desenvolvimento do direito internacional utilizado pela Corte.

Algumas considerações de ordem metodológica devem igualmente ser balizadas.

No tocante às referências bibliográficas, é importante salientar que serão observadas as últimas determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) com a ressalva de que, na NBR nº 10520:2002, o modelo de citação autor data e numérico serão excepcionadas da estrita regra da ABNT. Isso porque serão utilizadas as referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-se com notas explicativas em rodapé é (instrumento permitido somente quando empregada a modalidade de citação autor-data). O intento de tal fórmula é o de proporcionar uma breve indicação referencial em nota de rodapé, somada ao fato da limpeza textual sem renunciar às importantes contextualizações e comentários que não integram o corpo da argumentação do texto.

No tocante às decisões emanadas pela Corte Internacional de Justiça e pela Corte Permanente de Justiça Internacional adotou-se o usual modelo de citação fazendo-se referência aos *International Court of Justice Reports*, indicando o ano do volume e a página disponível no mesmo, seguindo o modelo de citação da própria Corte.

As citações em língua estrangeira foram em sua grande maioria traduzidas da língua original para o português, mantendo-se a versão original em nota de rodapé para salientar eventuais dúvidas. Todas as traduções foram realizadas pelo autor, sendo de sua responsabilidade qualquer equívoco ou má interpretação. Desse modo, evitar-se-á a referência “tradução nossa” em cada uma das citações. No que se refere às citações do terceiro capítulo, preferiu-se manter as citações a trechos de decisões da Corte Internacional de Justiça e sua antecessora na língua original (ou inglês ou francês) a fim de evitar quaisquer possibilidades de má interpretação do real significado e do verdadeiro valor outorgado pela Corte às decisões.

2 ANTECEDENTES AO PROBLEMA DOS PRECEDENTES: A SEDIMENTAÇÃO DE UM SISTEMA JURISDICIONAL INTERNACIONAL

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁶ (CIJ ou Corte) usufrui, na contemporaneidade, de autoridade nas discussões acerca das fontes do direito internacional. Sendo a comunidade internacional um agrupamento de entidades políticas não institucionalizado e não hierarquizado⁷, a produção normativa distingue-se diametralmente do sistema estatal no que se refere ao sistema de fontes do direito. Mais do que um norte nas discussões sobre teoria do direito internacional, o artigo 38 é também o responsável por definir quais normas “a Corte aplicará”, o que redobra a sua importância ao se levar em consideração o quadro não institucional que assume o ordenamento jurídico da comunidade internacional.

Desse modo, é o próprio estatuto do órgão judicial de resolução de conflitos que define quais são os contornos de sua “lei aplicável”. Ante esse contexto, a compreensão do momento histórico em que o referido dispositivo é cunhado, bem como os desdobramentos teóricos que a criação deste dispositivo gera na ciência jurídica⁸ internacional é essencial para o entendimento de sua função atual.

⁶ Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexo à Carta das Nações Unidas:

“1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
c. the general principles of law recognized by civilized nations;
d. 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.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.”

⁷ O conceito é de Roberto AGO, Roberto. **Caratteri generali e origini storiche della comunità internazionale e del suo diritto**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2002.

⁸ Segundo Roberto Ago (2002, p.14), “a ciência do direito internacional é aquele ramo da ciência jurídica que precisamente se propõe a conhecer e descrever o fenômeno jurídico do modo como ele se manifesta no âmbito daquela coletividade que vem chamada de Comunidade internacional”.

Pode-se questionar a necessidade de uma indagação histórica, sendo o objeto do trabalho a forma contemporânea com que a Corte Internacional de Justiça lida com seus próprios precedentes. A resposta a esta questão meramente retórica reside nas lentes comparativas que a história do direito internacional pode fornecer para balizar precisamente determinado fenômeno, circunscrevendo-o à exata posição do problema dentro da respectiva ciência. Significa dizer que somente através de um revisitar histórico da construção desta determinada noção é que se faz possível vislumbrar as razões pelas quais a Corte se comporta de uma determinada maneira em detrimento de outra. Utilizando as palavras de Paul Guggenheim, “o estudo dos fatos históricos não é senão o prelúdio ao estudo sistemático do direito das gentes. Trata-se de conhecer a origem da regra contemporânea, para melhor interpretá-la e aplicá-la”⁹. Sob tal ótica, estudar a origem histórica e teórica da regra insculpada no artigo 38 serve como instrumental de análise para os desdobramentos atuais que a interpretação de referido artigo permite, sobretudo no que se refere ao uso das decisões judiciais.

O artigo 38 do Estatuto da CIJ encerra em seu rol uma lista bastante restrita das normas jurídicas as quais a Corte poderá se valer para resolver um litígio a ela submetido. Consagrando as fontes convencionais e costumeiras ao lado dos princípios reconhecidos pelas “nações civilizadas”, a letra “d” do Estatuto relega às decisões judiciais e aos escritos dos publicistas um papel subsidiário.

Considerar decisões judiciais como fonte do direito internacional abre margens a discussões ainda na contemporaneidade, não existindo uniformidade doutrinal quanto ao seu verdadeiro peso enquanto fonte de direitos e obrigações jurídicas. Palmilhando-se por uma interpretação restritiva do artigo 38 do Estatuto – o “incontornável artigo 38”¹⁰ nas palavras de Pierre-Marie Dupuy – verifica-se que as decisões judiciais se encontram em segundo plano, sobretudo se comparadas aos tratados internacionais, às normas advindas do costume e até mesmo à

⁹ GUGGENHEIM, 1958, p. 80. Do original: “*Pour moi, l'étude des faits historiques n'est que le prélude à l'étude systématique du droit des gens. Il s'agit de connaître l'origine de la règle contemporaine, pour mieux l'interpréter et l'appliquer*”.

¹⁰ DUPUY, 2002, p. 121.

“novidade”¹¹ representada pelos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

Seguindo esta linha de pensar questiona-se: qual é o significado dessa pontual escolha? Por que os escritores do estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI; antecessora da atual Corte Internacional de Justiça, mas que manteve quase intacto o mesmo estatuto) optaram por esta grafia?

Na resposta a esses questionamentos, necessário revisitar a discussão que insculpiu definitivamente as decisões judiciais como partes da normas aplicáveis pela Corte. Deste modo, o intento é o de examinar não apenas os debates no âmbito da Comissão de Juristas nomeada pela Liga das Nações para escrever o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, mas, de igual forma, compreender as construções doutrinárias que circunscreviam a ideia de decisões judiciárias como fontes do direito internacional no período de sua criação. Contudo, muito embora tomando em consideração as ressalvas apontadas, da análise dos debates se depreende elementos importantes para a compreensão do trabalho que se intenta, como igualmente o atual Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹².

Para tanto, será realizado neste primeiro capítulo a análise do momento em que surgido tal dispositivo, as discussões que lhe cingem e a maneira como se realizou sua elaboração.

Antes de adentrar efetivamente no significado dos debates que o Comitê entabula, necessário realizar uma última ressalva para compreensão histórica do sistema de jurisdição internacional vigente do final do século XIX e início do século XX, essencialmente centrado na arbitragem internacional. Uma vez superada esta compreensão, busca-se o entendimento da sedimentação do primeiro órgão jurisdicional

¹¹ Fala-se em novidade exatamente pelo fato de vir positivada uma expressa autoridade dos princípios gerais do direito por parte da Corte, o que permitiria uma função criativa por parte da mesma. A questão será abordada adiante.

¹² 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>>. Acesso em: 21 nov. 2012. p. 4, é categórico ao afirmar que os debates realizados no procès-verbaux são verdadeiramente o primeiro documento para uma interpretação de ambos os Estatutos. Do original: "Third, despite these fundamental reservations it can be argued that the procès-verbaux truly are the premier document for historical interpretation of either Statute".

internacional permanente, qual seja a Corte Permanente de Justiça Internacional, salientando algumas de suas características que contribuem ao debate central deste trabalho.

O escopo desse capítulo é, portanto, uma mensuração do próprio artigo 38 e de que maneira ele baliza as atividades do uso de normas para decisão por conta da Corte Internacional de Justiça. Cabe compreender, dessa forma, o modo como a ciência do direito internacional enxerga o próprio dispositivo. Tal construção servirá de embasamento teórico para, nos capítulos seguintes, verificar o uso específico de suas próprias decisões por parte da Corte Internacional de Justiça.

2.1 O ARCABOUÇO ARBITRAL DO SISTEMA INTERNACIONAL DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INTERNACIONAIS: BASES DO PROBLEMA.

A Corte Permanente de Justiça Internacional (1920-1946) foi o primeiro órgão jurisdicional de caráter verdadeiramente permanente surgido na comunidade internacional contemporânea. Seu nascimento vem previsto no artigo 14¹³ do Pacto da Liga das Nações¹⁴, através do qual fica incumbido o Conselho da Liga de elaborar um projeto de Corte. O Conselho decide então por criar um comitê de juristas para elaborar um projeto que a ele seria submetido. Formada por dez

¹³ 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 Assembleia.”

¹⁴ A Liga ou Sociedade das Nações (1919-1946), foi a primeira organização internacional de vocação universal de caráter permanente. Tendo como objetivos a segurança internacional coletiva e a igualdade entre os Estados soberanos, a Liga foi uma organização do entre guerras que fracassou em seu objetivo de salvaguardar a paz por uma série de razões. Contudo, serviu de suporte basilar para a existência da primeira jurisdição internacional permanente. Para maiores informações, ver VELAZCO, Manuel Diez de. **Las Organizaciones Internacionales**. Madrid: Editora Tecnos, 2006, bem como SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

homens¹⁵ de notável conhecimento jurídico, homens de Estado, professores de direito internacional, tendo alguns deles participado das Convenções de Haia de 1899 e 1907, a Comissão de Juristas teve 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, os poderes da corte, o procedimento, por exemplo) através da cunhagem de seu Estatuto. Um dos objetivos sobre os quais se debruçou a Comissão foi exatamente definir quais normas de direito internacional a Corte se valeria em sua atividade jurisdicional. A análise dos *procès-verbaux* da Comissão, ou seja, das discussões travadas entre os juristas responsáveis pela elaboração do projeto do Estatuto da Corte servem para compreender as delimitações do surgimento de seu artigo 38. Nesse sentido, cabe a reflexão de Jörg Kammerhofer:

Qual é, portanto, o valor dos *procès-verbaux* hoje? Eles são, por primeiro, um fascinante registro histórico de como o direito internacional funcionou no início do século XX. Eles mostram que este tipo de *committee* sempre opera da mesma maneira, seja em 1920 ou em 2006. O jusinternacionalista lendo este volume [dos *procès-verbaux*] é lembrado repetidamente de que maneira nós, "modernos" jusinternacionalistas, continuamos pensando nas mesmas categorias de nossos predecessores de 86 anos atrás. Onde nossas predisposições, preconceitos ou teorias diferem, por outro lado nossas idênticas estruturas de pensamento sublinham as diferenças¹⁶.

¹⁵ A Comissão era 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).

¹⁶ KAMMERHOFER, 2006, p. iv. Do original: "*What, then, is the value of the procès-verbaux today? They are, first, a fascinating historical record of how international law worked in the early 20th century. They show that this type of committee always operates in the same fashion, whether in 1920 or in 2006. The international lawyer reading this volume is reminded repeatedly of how*

Kammerhofer pontua um importante elemento metodológico para a compreensão do que se pretende realizar neste trabalho: algumas concepções de fontes de direito internacional que vigem ainda na atualidade não se dissociam de opções realizadas no início do século. Pode-se questionar, portanto: qual é a mentalidade dos homens que escrevem o estatuto? Dentro de que sistema de resolução de controvérsias internacionais eles se veem inseridos para realizar as pontuais escolhas? A solução a tais questionamentos servem não apenas para contextualizar o momento histórico (e sobretudo, o momento da ciência jurídica) em que realizam essa cunhagem do Estatuto, mas igualmente para justificar os motivos pelos quais determinadas construções foram edificadas.

Às suas costas, os homens de 1920 encontram a rica experiência arbitral que se desenvolvera no século XIX. A compreensão do fenômeno de institucionalização de um órgão judicial permanente perpassa necessariamente pela oposição ao fenômeno arbitral anterior. O paradoxo de tal movimento reside no fato que os homens responsáveis pelo nascimento da primeira jurisdição efetivamente permanente vêm diretamente influenciados pelas experiências anteriores que a ciência do direito internacional enxergava, qual seja, uma função jurisdicional não permanente e pulverizada através de múltiplos tribunais arbitrais incontinentes.

A arbitragem internacional¹⁷, neste período, é compreendida pela ciência jurídica como um sistema jurídico, uma instituição internacional¹⁸. Numa comunidade internacional que começa a se organizar, a arbitragem internacional torna-se uma realidade e um

such we “modern” international lawyers still think in the same categories as our predecessors 86 years ago. Where our predispositions, prejudices or theories differ, our otherwise identical frame of mind highlights the differences”.

¹⁷ Ao se referenciar a arbitragem internacional faz-se referência à arbitragem internacional pública enquanto método de resolução de litígios entre entidades Estatais. Diferencia-se portanto da arbitragem internacional privada, que tem como objeto entes privados, tais como pessoas físicas, empresas e organizações que resolvem litígios entre si em diferentes Estados. A arbitragem internacional pública aqui vem referenciada essencialmente enquanto um método entre Estados, para Estados e composto por Estados.

¹⁸ BARCLAY, Sir Thomas. **New Methods Of Adjusting International Disputes And The Future**. London: Constable & Company Ltd, 1917, p.40.

sistema¹⁹. Ela é, no âmbito do direito internacional e de suas contingências, o sistema judiciário internacional do período; é ela associada à própria compreensão de justiça efetivada pelos Estados, motivo pelo qual vem por eles bastante utilizada. Diversos são os fatores que evidenciam esse protagonismo exercido pela arbitragem interestatal, tais como: a) o grande número de casos que lançam mão do recurso arbitral para dirimir o conflito²⁰; b) o elevado número de obras escritas sobre a matéria²¹; c) as iniciativas nacionais para codificação e criação de um tribunal permanente²²; d) o aumento do número de cláusulas arbitrais inseridas em tratados internacionais²³; e) o surgimento de tratados gerais de arbitragem²⁴.

O intenso desenvolvimento da arbitragem internacional ao longo do século XIX²⁵ gerou, em resumo, dois fenômenos consecutivos em relação à maneira como os autores enxergavam a arbitragem internacional.

Num primeiro momento, a arbitragem internacional e o seu frequente uso ao longo do século XIX²⁶ criou em torno de si um

¹⁹ POLITIS, Nicolas. **Les Nouvelles Tendances Du Droit International**. Paris: Librairie Hachette, 1927, p. 151.

²⁰ Lapradelle e Politis afirmam que não somente a arbitragem é mais frequente, mas seu domínio geográfico igualmente aumentou consideravelmente (LAPRADELLE, Albert G; POLITIS, Nicolas. **Recueil des Arbitrages Internationaux**. Tome Deuxième: 1856-1872. Paris: A.Pedone, 1923, p. XIII-XIV).

²¹ POLITIS, Nicolas. **La Justice Internationale**. Paris: Librairie Hachette, 1924, p. 32.

²² FOSTER. John. W. **Arbitration and The Hague Court**. London: Cambridge University Press, 1904, p. 58.

²³ VERZIIL, J.H.W. **International Law in Historical Perspective: Inter-State Disputes and their Settlement**. Leyden: A.W.Sijthoff, 1976. (Vol. 4), p. 224.

²⁴ VERZIIL, 1976, p. 224.

²⁵ Sobre o assunto, ver LIMA, Lucas. 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 ...** Pensamento Jurídico e dimensão internacional: Experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX, 2011. (vol. 1).

²⁶ Ver, nesse sentido, LA FONTAINE, H. Pasricrie: *Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux*. Berne: Imprimerie Stampeli & Cie, 1902. Segundo o

movimento apologético, que a consagra como um meio pacífico e civilizado para se alcançar a paz²⁷. Nos dizeres de Nicolas Politis, “a arbitragem possui seus admiradores, sua literatura, sua propaganda”²⁸. A positivação de sua importância ocorreu nas Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907 que, convocadas sob o discurso do desarmamento, encontrou a regulamentação da arbitragem internacional²⁹ e a criação da Corte Permanente de Arbitragem³⁰ como os grandes pontos de sucesso

autor, nas duas primeiras décadas do século XIX foram registrados somente 8 casos de uso de arbitragem interestatal; ao se comparar com as últimas duas décadas, percebe-se que nestas ocorreram 90 casos (LA FONTAINE, H. **Pasicrie: Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux**. Berne: Imprimerie Stampeli & Cie, 1902, p.09).

²⁷ No início do século uma série de autores identificam a arbitragem internacional como um meio pacífico eficiente para se encontrar a paz. Nesse sentido pode-se citar a obra de FIORE, Pasquale. **Nuovo Diritto Internazionale Pubblico**: secondo i bisogni della civiltà moderna. Milano: Casa Editrici e Tipog. Degli Autori-Editori, 1865, p. 359. Conforme o autor italiano, “*Noi stimiamo che il mezzo più efficace per risolvere una controversia colle vie amichevoli, ed evitare l'uso della forza, è l'appello alla pubblica opinione, la pubblicazione di tutti i documenti e titoli relativi al litigio, e delle negoziazioni intraprese o interrotte. Togliendo gli equivoci, gli inganni subsoli, ed i misteri è indubitato che si può arrivare a risolvere la contestazione con tanta certezza da precisare il diritto delle due parti. Se poi le due parti contendenti non potendo venire ad un accordo, volessero affidare la decisione della controversia a persone estranee, scegliendole come arbitre per esaminare la questione di diritto, bene il potrebbero, anzi noi riteniamo questo mezzo efficacissimo e più conforme alla civile dignità delle due nazione contraenti*” (FIORE, 1865, p. 359)”. E ainda, segundo Charles Richet (1899, p. 80). Do original: “*Per risolverele bisogna scegliere tra il diritto e la forza: la forza è la guerra, è il processo dei fanciulli, delle bestie, dei selvaggi; è il processo degli uomini dell'oggi. L'altro processo è il diritto; e il diritto è il ricorrere a un tribunale arbitro*”

²⁸ POLITIS, 1924, p.32.

²⁹ Nos termos do artigo 16 da Convenção de Haia de 1899: “*Nas questões de caráter jurídico e em primeiro lugar nas questões de interpretação e aplicação das convenções internacionais, reconhecem as Potências signatárias a arbitragem como o meio mais eficaz e simultaneamente mais equitativo para dirimir os litígios que não houverem sido resolvidos pelas vias diplomáticas*”.

³⁰ 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 encontra-se em funcionamento. A Corte representou o primeiro esforço de institucionalização de um tribunal

das reuniões. O segundo fenômeno foi, à medida que o sistema arbitral demonstrava suas falhas em assegurar a paz³¹, a resolução arbitral angariava críticas as mais ácidas dos estudiosos do direito internacional.

No interior deste fenômeno vivido no século XIX começa a surgir a ideia da obrigatoriedade da arbitragem, bem como a ideia de um tribunal arbitral permanente. Se num primeiro momento a Corte Permanente de Arbitragem vem festejada, ela será posteriormente criticada pela ausência do elemento de permanência. Na segunda Convenção de Haia existiu a tentativa da criação de uma efetiva Corte de Justiça Arbitral, mas o intento não logrou êxito. Contudo, o insucesso dos diplomatas nas Convenções não impediu que a propaganda internacional (formada eminentemente por políticos e estudiosos de direito internacional) se voltasse ao desenvolvimento da ideia de uma jurisdição internacional permanente, uma verdadeira “corte de justiça”³² entre os Estados.

Uma das críticas mais contundentes se refere à ausência de ordem nas decisões dos tribunais arbitrais internacionais, ou, mais precisamente, a ausência da formação de uma “jurisprudência”³³ por parte dos laudos arbitrais. Sob uma lente de análise sistêmica, não existe qualquer elemento que coligue as decisões entre si.

Em sua obra *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Albert de Lapradelle e Nicolas Politis analisam casos arbitrais ocorridos entre

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.

³¹ Como demonstra BROWN, Philip Marshall. **International Realities**. New York: Charles Scribner's Sons, 1917, p. 87: “*These Arbitrations have been hailed by many as great triumphs for peace under the assumption that they removed just so many possible causes of war. A closer study of the facts does not tend to confirm this point of view. It rather confirms the impression that Arbitration is essentially limited in its scope and functions*”.

³² VERZIIL, 1976, p. 344.

³³ O termo “jurisprudência” vem empregado neste trabalho no sentido de corpo de decisões emitidas por um órgão jurisdicional que possuem alguma coerência, formando uma linha decisória homogênea relativa a alguns posicionamentos. 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, este do qual o conceito ora esposado se aproxima.

1798 e 1870. Algumas conclusões obtidas por estes autores – reconhecidamente citados na bibliografia especializada – fotografavam precisamente o panorama da arbitragem internacional do século XIX. O trabalho realizado por Lapradelle e Politis é um dos poucos estudos do período que verdadeiramente se debruça sobre os laudos arbitrais colhendo elementos de juridicidade e comparação dentro daquela prática específica, alavancando suas reputações a de verdadeiros especialistas³⁴ em arbitragem internacional do período, motivo pelo qual suas conclusões tornam-se ainda mais relevantes.

No que tange à formação de uma jurisprudência, os autores afirmam que “os árbitros ignoram os precedentes e nem mesmo se preocupam em conhecê-los”³⁵, o que demonstra a impossibilidade de diálogo entre as decisões e, conseqüentemente, entre o sistema arbitragem. Lapradelle e Politis demonstram uma série de casos em que materialmente as decisões que envolviam necessariamente questões relativas ao litígio anteriormente decididas questão acabavam por ser ignoradas. Isto sem tomar em consideração os casos em que eram ignorados precedentes que envolviam direito material, ou seja, posicionamentos interpretando normas internacionais de uma maneira idêntica.

Exatamente por tal fato é que se aduzia ser a arbitragem internacional “mal organizada, funcionando sem ordem nem seqüência, a arbitragem exerce uma medíocre influência na formação do direito”³⁶. Tal afirmação possui redobrada e aguda significação ao se considerar, por exemplo, como a arbitragem era enxergada de uma maneira quase apoteótica para o desenvolvimento do direito internacional. Contudo, de uma maneira de certa forma otimista, afirmam que se elabora lentamente uma jurisprudência³⁷: uma jurisprudência que se colhe de ensinamentos específicos em matérias específicas que dominam a temática das arbitragens³⁸.

³⁴ WEHBERG, 1918, p.20.

³⁵ LAPRADELLE; POLITIS, 1923, p. XXIII.

³⁶ LAPRADELLE; POLITIS, 1923, p. XXVII. Do original: “*Mal organisé, fonctionnant sans ordre ni suite, l'arbitrage n'exerce encore, sur la formation du droit, qu'une médiocre influence.*”

³⁷ LAPRADELLE; POLITIS, 1923, p. XXVIII. “*Néanmoins, il s'élabore lentement une jurisprudence. Les arbitrages, qui se multiplient, pénètrent peu à peu dans tous les domaines du droit des gens.*”

³⁸ LAPRADELLE; POLITIS, 1923, p. XXXIII-XXXIV. “*Plusieurs règles, confirmées par des sentences successives, peuvent être considérées comme*

Nessa linha de pensar, pode-se fazer referência igualmente à obra *The problem of an international court of justice*, de 1918, do professor de direito internacional alemão Hans Wehberg. Num capítulo intitulado “a impossibilidade do desenvolvimento do direito internacional pelo presente procedimento arbitral”³⁹, Wehberg tece duras críticas ao caráter político (e não jurídico) que a arbitragem assume no dirimir de 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 direito⁴⁰.

De igual modo, Nicolas Politis, em sua obra *Justice Internationale* de 1924, realiza severas críticas ao modelo arbitral de solução de controvérsias. A primeira delas é a já evidenciada crítica de que o sistema não permite a criação de uma verdadeira jurisprudência arbitral. A segunda é que inexiste uma unidade de órgão permanente, ficando cada tribunal composto sem qualquer conexão institucional. A terceira é a ausência de continuidade de função, ou seja, quem é árbitro hoje não o será necessariamente amanhã. Faz-se ausente, portanto, o elemento de profissionalização da arbitragem. Por fim, a quarta e última crítica ao sistema é a ausência de precedentes jurisdicionais, não havendo um auto-referenciamento nas decisões ou utilizando a autoridade de algum laudo anteriormente proferido. Para Politis, os laudos que proferidos até o momento serviam apenas de guia, sendo irremediavelmente ignorados, permitindo decisões contraditórias acerca de uma determinada matéria de direito internacional⁴¹.

As quatro críticas de Politis coadunam-se com os escritos de Wehberg e de Lapradelle fotografando o momento imediatamente anterior à criação da Corte na opinião de parte dos internacionalistas. A solução para os problemas advindos da arbitragem e da não codificação do direito internacional é o desenvolvimento do direito internacional através de decisões judiciais, aduz Wehberg⁴², que chega a afirmar: “Na solução judicial, [...], deve existir um tribunal permanente com juízes

acquises, notamment celle de la distinction, en matière de protection diplomatique, du domicile et de la nationalité, celle de l'inviolabilité de la propriété privée ennemie dans la guerre sur terre.”

³⁹ “The impossibility of a development of international law through the present arbitral procedure”(WEHBERG, 1918, p.13)

⁴⁰ WEHBERG, Hans. **The Problem of an International Court of Justice**. Oxford: Clarendon Press, 1918, p. 18.

⁴¹ POLITIS, 1924, p.95.

⁴² WEHBERG, 1918, p.11.

permanentes, porque somente uma instituição como esta pode garantir uma decisão de acordo estritamente com o direito”⁴³. Em igual modo, Thomas Brown, em 1917, asseverou que

Nações recorrem a Arbitragem não por propósitos de estrita justiça, mas por um imparcial, conciliatório ajuste dos interesses conflitantes. Tribunais arbitrais não possuem as funções de cortes de justiça. Isso se deve primeiramente devido a ausência de estatutos internacionais definindo direitos e obrigações, e impondo penalidades por transgressões⁴⁴.

Esta noção de impossibilidade da arbitragem contribuir ao desenvolvimento do direito internacional essencialmente calcada no início do século XX contribui para formar o pano de fundo teórico sobre o qual trabalham os autores do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Num direito internacional que se solidifica enquanto ciência⁴⁵, o desejo de dotá-lo de um sistema jurisdicional permanente e apto a desenvolvê-lo através de suas decisões acaba por se tornar um ponto comum de anseio por parte dos internacionalistas.

Contudo, as limitações políticas tão próprias da arbitragem e da própria dinâmica jurídica da comunidade internacional permanecem. A concepção arbitral de solução de controvérsias em muito permanece na mente dos juristas que suportam a atividade dos estados na Liga das Nações. Ainda que o sistema judicial tentasse, em muito não poderia abandoná-la.

No que se referem às Convenções de Haia, um tópico específico merece atenção e análise. Na segunda Convenção de Haia, em 1907, ao

⁴³ WEHBERG, 1918, 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*”.

⁴⁴ BROWN, 1917, p. 96. Do original: “*Nations resort to Arbitration not for purposes of strict justice, but for an impartial, conciliatory adjustment of conflicting claims. Arbitral tribunals have not the functions or the powers of courts of justice. This is due primarily to the absence of international statutes defining rights and obligations, and imposing penalties for wrong-doing*”

⁴⁵ Nesse sentido, pode-se citar KOSKENNIEMI, Martti. **El discreto civilizador de Naciones: el auge y la caída del derecho internacional 1870-1960**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina. 2005.

se discutir o direito das presas marítimas⁴⁶, muito comum ao período, foi intentada a criação de uma Corte Internacional de Presas⁴⁷. No artigo 7º do projeto desta Corte existe a previsão de quais normas seriam aplicadas por referido órgão – ou como se referencia Louis Renault, “quais as regras de direito a nova Corte de Presas aplicará”⁴⁸. É o texto do dispositivo:

Se uma questão de direito a ser decidida estiver prevista por um tratado em vigor [...] a Corte estará governada pelas previsões de referido tratado.

Na ausência de tais previsões, a Corte aplicará as regras do direito internacional.

Se não existirem regras gerais reconhecidas, a Corte deve julgar de acordo com os princípios gerais de justiça e equidade⁴⁹.

⁴⁶ Presas marítimas são as apreensões, em tempo de guerra, de um navio ou de sua carga pertencente ao inimigo, ou de navio neutro que infringiu a neutralidade. O Tribunal Internacional de Presas funcionaria, desta maneira, como um órgão jurisdicional internacional para resolver os litígios e atacar decisões nacionais relativas a esta matéria.

⁴⁷ Segundo Thomas Barclay (1917, p. 89) “*the International Prize Court was created to act as a Court of Appeal from decisions of the national Prize Courts in cases concerning neutral property and persons, enemy goods on board neutral vessels, etc.—in fact, in all cases which are regarded in international practice as within the Prize Court jurisdiction*”. A proposta para a criação de uma Corte de Presas Internacional é antiga e remete-se a uma proposta de John Westlake na Sessão de 1975 do Instituto de Direito Internacional, cf. ANNUAIRE DE L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1878, p 114.

⁴⁸ SCOTT, James Brown. **The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907**. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909. (Vol. 1), p. 491.

⁴⁹ Segue o trecho do artigo: “*ARTICLE 7. If a question of law to be decided is covered by a treaty in force between the belligerent captor and a power which is itself or whose subject or citizen is a party to the proceedings, the court is governed by the provisions of the said treaty. In the absence of such provisions, the court shall apply the rules of international law. If no generally recognized rule exists, the court shall give judgment in accordance with the general principles of justice and equity. The above provisions apply equally to questions relating to the order and mode of proof. If, in accordance with Article 3, 2, c, the ground of appeal is the violation of an enactment issued by the belligerent captor, the court will enforce the enactment. The court may disregard failure to comply with the procedure laid down in the enactments of the belligerent*

Curioso apontar a existência de uma clara hierarquia entre as normas aplicáveis, estando em primeiro lugar a tratados internacionais, seguidas pelas “regras gerais de direito internacional reconhecidas”. Na ausência destas, deveria a Corte então aplicar os princípios gerais de justiça e equidade. Ainda que tal Convenção não tenha sido aprovada, o dispositivo mencionado serve a evidenciar a forma como os diplomatas enxergavam a sistematização de fontes do direito e leis aplicáveis por um tribunal arbitral. Não surpreende, portanto, que anos depois, em 1920, os membros do comitê que escreverá o estatuto da Corte Permanente utilize uma disposição assaz semelhante àquela arquitetada pela convenção da Corte de Presas.

Em discurso realizado durante a Convenção em seu relatório sobre a proposta, Louis Renault – cuja interpretação da convenção tornou-se a “interpretação oficial” segundo Brown Scott⁵⁰ – afirma que ao permitir que o juiz da Corte de Presas decida com base em princípios gerais de justiça e equidade, está-se permitindo ao juiz que “crie o direito e leve em considerações outros princípios” anteriormente não levados em consideração pela Corte de presas nacionais⁵¹. Renault vai além, afirmando que “somos confiantes que os magistrados escolhidos pelas potências farão jus à importância de sua missão, e a exercerão com moderação e firmeza”⁵².

As palavras de Renault são fortes para uma época em que a arbitragem obrigatória e permanente ainda não se vê consolidada e a Corte Permanente de Arbitragem demonstra não ser o órgão desejado. Seu discurso, em verdade, reconhece ao juiz o papel de legislador, de criador do direito internacional, capaz de vincular as potências naquilo que por elas não foi necessariamente convencionado. Assim, Renault evidencia que a proposta por ele defendida em verdade entrava em

captor, when it is of opinion that the consequences of complying therewith are unjust and inequitable”

⁵⁰ SCOTT, James Brown. **The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907**. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909. (Vol. 1), p. 491.

⁵¹ SCOTT, 1909, p. 491. Do original: “*It is thus called upon to create the law and to take into account other principles than those to which the National Prize Court was required to conform, hardly expect to see*”.

⁵² SCOTT, 1909, p. 491. Do original: “*We are confident that the magistrates chosen by the powers will rise to the height of their mission, and will exercise it with moderation and firmness*”.

choque com o posicionamento flexível e conveniente às políticas Estatais de solução de conflitos.

Como relembra o historiador do direito internacional Stefano Manonni, “não surpreende que a arbitragem tenha encontrado o favor das chancelarias no curso do século XIX, enquanto a sua ágil estrutura se prestava maravilhosamente a conciliar as razões do direito com as razões da soberania”⁵³. Significa dizer que a arbitragem serve para preservar um modelo de relações jurídicas entre os membros da comunidade que entende conveniente as facilidades que os Estados encontram de escolherem os juízes, os limites do julgamento, sem estarem vinculados aos precedentes do sistema. Desse modo, quando Renault afirma que “a Corte de Presas criará o direito” significa que está dando um passo que pode ser considerado idealista – ou até mesmo retórico – no que se refere à aplicação (e criação) das normas internacionais. Tal situação se recrudescerá ao se rememorar que no mesmo discurso, Renault afirma que a Corte de Presas será como as cortes internas, que utilizará “precedentes” sendo estes “importantes fontes do direito”⁵⁴.

Não por acaso, além de outras questões, o motivo principal pelo qual a Corte Internacional de Presas não foi criada foi exatamente a ausência do consenso entre os Estados quanto à norma a ser aplicada pelo órgão⁵⁵.

Referenciando-se ao artigo 7º da Convenção de Criação de um Tribunal de Presas Marítimas, John Westlake, em 1907, afirma que faz todo o sentido conceder um papel primordial às convenções e tratados internacionais, e às regras reconhecidas de maneira geral um segundo papel (e aqui se pode conjecturar a hipótese de um reconhecimento ao costume). Contudo, para o autor, tal certeza é menos clara quando se refere à justiça e equidade⁵⁶. Deve-se salientar igualmente que o recurso

⁵³ MANNONI, 2002, p. 221. Do original: “*Non stupisce che l’arbitrato abbia incontrato il favore delle cancellerie nel corso del XIX secolo, in quanto la sua agile struttura si prestava a meraviglia a conciliare le ragioni del diritto con quelle della sovranità*”.

⁵⁴ SCOTT, 1909, p. 493.

⁵⁵ VERZIJL, 1976, p.324.

⁵⁶ WESTLAKE, John. **International Law - Part II: War**. Cambridge: Cambridge University Press, 1907, p. 293. Do original: “*It is beyond question that relevant conventions must hold the first rank, and rules of international law which are generally recognized the second. But it is less clear in what sense all that is not concluded by one of those tests is referred to justice and equity*”.

à justiça e à equidade insere-se nesta discussão vez que as arbitragens internacionais, como apontado, por vezes encontram soluções “negociadas”, sem uma necessária vinculação jurídica. Ou seja, para exercer precisamente o papel de mediação política que vem a ser criticada por Wehberg ou Politis. Contudo, um reconhecimento expresso do mesmo poder de “justiça e equidade” significaria uma necessária limitação às vontades das Potências, que estariam textualmente vinculadas ao poder de “moderação” dos árbitros, ao seu poder “legislador”.

As discussões sobre a lei aplicável na Corte de Presas em 1907 são importantes porque será sobre o mesmo pano de fundo teórico e prático que se desdobrará o debate no seio do Comitê de Juristas de 1920, responsável pela elaboração do Estatuto da Corte Permanente. Em verdade, toda a contextualização da ciência arbitral traçada anteriormente será o pano de fundo que guiará os trabalhos. Em alguns aspectos – como a questão de competência formal e acesso à jurisdição – a Corte não proporá novas fórmulas que não aquelas já sedimentadas na experiência arbitral.

O problema da lei aplicável, da norma a ser escolhida pela arbitragem, se demonstra ainda mais complexo no âmbito de uma Corte permanente vez que, num ambiente de relações interestatais é necessário estatuir de maneira transparente a que normas o órgão fará recurso em sua atividade jurisdicional. Litígios só serão submetidos à Corte nascente se os Estados que a ela se vinculem tenham clara ciência qual serão seus limites de atuação.

É possível verificar que na experiência arbitral não existe uma clara referência às decisões judiciais como fontes do direito internacional. A própria natureza fragmentada da arbitragem e de suas decisões não permite este recurso à autoridade do precedente – motivo inclusive que gerou críticas ao sistema.

Cabe então o questionamento: de que maneira os homens que cunham o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional se debruçam sobre este problema - o problema de uma jurisprudência, o problema do uso de decisões judiciais por parte da Corte nascente? As escolhas feitas no período de elaboração do Estatuto refletirão posteriormente não apenas nas atividades da Corte Permanente, bem como de sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça. Sobre as escolhas do intitulado artigo 38 do Estatuto repousarão as dinâmicas de, bem como o início de um frutífero debate no interior da ciência jurídica

que refletirá nas próprias concepções do direito internacional do século XX.

Contudo, antes de adentrar neste debate é necessário esboçar as principais características que irão definir a primeira jurisdição internacional permanente. Tal exercício faz-se necessário porque

2.2 A FORMAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL PERMANENTE: PROBLEMAS NA CONFIGURAÇÃO DA CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL.

A instituição de uma jurisdição verdadeiramente permanente representa um inegável progresso. Ela favorece a elaboração gradual do direito pela constituição de um corpo de jurisprudência fundamentada e homogênea. (VISSCHER, 1954, p.533)

A ciência do direito internacional observa o fenômeno da Liga das Nações com os olhos atentos de quem vê delinear-se diante de si o erigir de um novo modelo de sociedade internacional. Se os velhos acordos europeus (agora tendo como partes também o Estados Unidos e Japão) estão transfigurados numa nova fórmula, isto não importa aos olhos dos juristas que necessitam trabalhar, teorizar, responder às demandas da primeira organização internacional que se pretendia universal. No Pacto da Liga de 1919, um artigo chama especial atenção daqueles que acompanhavam o fenômeno:

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 Assembleia.

Pelo artigo 14, uma corte internacional permanente seria criada⁵⁷. Contudo, distanciando-se da maneira como parte dos estudiosos aborda

⁵⁷ A diferenciação entre a nomenclatura Corte e Tribunal diverge tanto conceitualmente quanto em relação ao sistema jurídico que a está adotando. Em teoria, um Tribunal seria um órgão mais específico, voltado a determinada matéria ou a determinado fim, enquanto uma Corte teria um caráter mais universal voltado à maior abertura e sem delimitação de matéria. Ainda que no Brasil a nomenclatura Corte seja preterida no âmbito do poder judiciário, e

sua criação, o trabalho da Liga não é um trabalho completamente novo e genuíno, não cria uma instituição do alto das mentes iluminadas dos comissários da Liga. A ideia de uma corte permanente é, como demonstrado anteriormente, um longo itinerário histórico cujo gérmen se desenvolvia desde o final do século XIX.

Da tentativa infrutífera de 1907 a 1919, doze anos se passaram e o debate permanecia vivo no seio da ciência jurídica. Muito embora parte da comunidade internacional estivesse envolvida na guerra, o que imobilizou parcialmente a Europa, os estudiosos de direito internacional não deixaram de alimentar a discussão acerca da jurisdição internacional: seja identificando as deficiências ou características negativas da arbitragem, seja propagando a ideia de uma jurisdição internacional permanente.

A discussão se perfectibiliza, sobretudo, ante a análise do sistema arbitral erigido das Convenções de Haia com a Corte Permanente de Arbitragem – o que igualmente já evidenciado. É na crítica a esse modelo que o debate se reacende e propostas de uma corte permanente toma corpo no discurso internacionalista. Além disso, o século XX iniciava um lento processo de codificação do direito internacional no número de tratados que vinham firmados, na esteira das Convenções de Haia. A Liga das Nações igualmente corroborava esse movimento de codificação de maneira que se faria necessário um órgão internacional para resolver as disputas oriundas desse novo e rico instrumental⁵⁸.

Intuindo esse ebulir da Comunidade Internacional e motivados pela experiência do início do século, diversos países realizam propostas de Corte e trocam correspondência entre si. Dinamarca, Países Baixos, Noruega, Suíça e Suécia oferecem uma notável contribuição neste sentido⁵⁹. Nos Estados Unidos, em 1910, é criada a *American Society*

ainda que a nomenclatura Tribunal Internacional de Justiça seja utilizada por outros países de língua portuguesa, como Portugal, utilizar-se-á a nomenclatura “Corte Permanente de Justiça Internacional”, respeitando as versões francesa e inglesa do Estatuto, bem como optando pela diferenciação doutrinal. Além disso, nos documentos diplomáticos de aceitação da Corte (O protocolo) a versão do Brasil é “Corte Permanente de Justiça Internacional”, bem como “Corte Internacional de Justiça”.

⁵⁸ CALOYANNI, Mégalos A. **L'Organisation de la Cour Permanente de Justice et son avenir**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1931., p. 776.

⁵⁹ HUDSON, Manley O. The Permanent Court of International Justice. **Harvard Law Review**, v. 35, n. 3, pp. 245-275, an. 1922, p. 250

*for the Judicial Settlement of International Disputes*⁶⁰, presidida por James Brown Scott, voltada a discutir a corte permanente. E James Brown Scott revela que em 1918 havia uma cooperação entre França e Inglaterra para a instituição de um tribunal. As iniciativas deslocam-se, pois, em duas vias⁶¹. Uma delas institucional, entre os Governos, e a outra no âmbito acadêmico, no qual a discussão floresce⁶².

É nesse panorama de discussão, debate, defesa e ataque a uma corte permanente, que a Liga das Nações vai estabelecer o aludido artigo 14. Sendo uma obrigação do Conselho da Liga preparar o projeto, este órgão nomeia uma comissão de dez renomados juristas para conduzir os trabalhos. Munidos de diversos documentos, projetos e esboços de uma Corte internacional, o corpo de juristas possui amplo material de trabalho sobre o qual se debruçar a fim de responder ao conselho quais seriam os contornos da nova instituição.

Com nomenclaturas diversas⁶³ (Corte internacional, conforme o projeto do Coronel House⁶⁴; Tribunal Internacional, no projeto francês;

⁶⁰ *A American Society for the Judicial Settlement of International Disputes*, nascida em Baltimore, 1910, é uma organização cujo objetivo não se concretiza tão somente na criação de um tribunal permanente para resolução de controvérsias internacionais, mas também par a criação de um "sentimento público" que leve os Estados a desenvolverem esta cultura de litígio judicial. Através de suas atividades promoveram-se uma série de debates sobre um tribunal internacional permanente logo após as Convenções de Haia de 1907.

⁶¹ SCOTT, James Brown. **Une Cour de Justice Internationale**. New York: Oxford University Press, 1918, p. 11.

⁶² Hans Wehberg conta que na Inglaterra juristas como Oppenheim, Lawrence, Higgins, Whittuck, Darby, Barclay colocam-se na lista dos que advogam uma Corte, trabalhando-a em suas obras. Em sua própria Alemanha, Wehberg científica que Heinrich Lammasch e Franz Von Liszt defendem uma Corte Permanente, em oposição às críticas de Otfried Nippold e Heinrich Pohl⁶², a título de exemplo. (WEHBERG, 1918, p. 241).

⁶³ ROUSSEAU, 1983, p.400.

⁶⁴ Edward Mandell House (1858-1938), é um diplomata americano muito próximo de Woodrow Wilson, sendo conselheiro de política externa do mesmo. É uma figura bastante controversa acerca da Liga das Nações diante da influência que exercia para os acordos do pacto. Segundo Edward Carr: "*Nos assuntos da Liga das Nações, a igualdade formal e a participação de todos no debate não tornaram o fator poder nem um pouco menos decisivo. Os próprios fundadores da Liga não alimentavam tal ilusão. House pensava, originariamente, que só as grandes potências deveriam ser admitidas na Liga*" (CARR, 2001, p. 137)

Corte internacional de justiça, no projeto italiano, Corte arbitral, no projeto de Lord Robert Cecil; Corte permanente de justiça internacional, no projeto britânico de 1919, denominação escolhida posteriormente), os projetos somam-se à experiência jurídica de cada um dos membros do Comitê que eram – via de regra – figuras envolvidas no debate acerca da jurisdição internacional.

Sob a presidência do Barão Descamps, secretariada por Dionísio Anzilotti e tendo como relator Albert de Lapradelle, a Comissão de juristas realiza seus trabalhos de 16 de junho a 24 de julho de 1920. Composta por Adatci, (Japão); Altamira (Espanha); Descamps (Belga); Fernandes, (Brasil); Hagerup, (Noruega); de Lapradelle, (França); Loder, (Países Baixos); Phillimore, (Grã-Bretanha); Ricci-Busatti, (Itália); Root, (Estados Unidos), tinha como assessor jurídico James Brown Scott (EUA).

Eminentemente composta por juristas Europeus (eram 7 dos 10), a Comissão elaborou um *avant-projet* emitido ao Conselho da Liga das Nações que após algumas modificações tuteladas por Leon Bourgeois⁶⁵ foi submetido à aprovação da Assembleia da Liga⁶⁶.

Um dos principais problemas sobre os quais a comissão se debruçou era exatamente o mesmo que havia emperrado os trabalhos da pretensa Corte de Justiça Arbitral nas Convenções de Haia de 1907: a escolha dos juízes. Diretamente influenciados pela ideia da Suprema Corte Americana⁶⁷ (que representa os 30 Estados confederados) de que a

⁶⁵ Léon Victor Auguste Bourgeois (1851-1925), político e diplomata francês, foi laureado com o prêmio Nobel da paz em 1920 e é igualmente reconhecido como teórico do solidarismo. Foi o primeiro presidente da Liga das Nações, em 1920, membro da Corte Permanente de Arbitragem de Haia e Ministro das Relações Exteriores francês. Bourgeois é um dos nomes chave da formação da Liga e, igualmente, da CPIJ.

⁶⁶ Muito embora o debate guarnecido no corpo da Comissão seja de profunda importância para a compreensão da formação de uma jurisdição internacional, em virtude das delimitações do trabalho não se realizará uma análise profunda dos debates em si, mas sim pontos importantes relativos a ele em cada um dos tópicos da Corte abordado. Os debates se encontram disponíveis em: *Procès-verbaux of the Advisory Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice*, 1920. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/other-documents.php?p1=9&p2=8>. Acesso em: 11 de novembro de 2011.

⁶⁷ A influência americana na concepção da Corte é antiga e pode-se verificar na literatura americana diversos defensores desta ideia. A título de exemplo, Robert Goldsmith, na obra *A League to enforce peace* de 1917 um ama ampla

Corte deveria seguir o número de 15 juízes. Como ocupar tais cadeiras? Para os representantes das grandes potências como o japonês Adatci e o inglês Phillipmore as grandes potências deveriam prevalecer na escolha, enquanto o brasileiro Raúl Fernandes e o norueguês Hagerup acreditavam na força dos estados médios⁶⁸.

A solução encontrada pelo americano Elihu Root⁶⁹ foi a própria natureza da Liga quem ofereceu (motivo pelo qual mais uma vez se reforça a ideia da importância de uma jurisdição internacional nascer no âmbito de uma Organização Internacional). Assim como na aprovação do Estatuto seriam o Conselho e a Assembleia trabalhando conjuntamente, a escolha dos juízes seria feita da mesma forma⁷⁰.

Em artigo no *American Journal of International Law* de 1921, Root⁷¹ defende que a questão da escolha dos juízes encontra solução na medida em que os dois sistemas de eleições encontram-se “justos”. Sob o argumento de Root, o primeiro deles, através da Assembleia, consagra os direitos soberanos de cada um dos estados em encontrar voz no cenário internacional. Em seguida, a das potências, justifica-se igualmente pelo fato de que alguns países possuem uma produção maior, maiores trocas, realizam mais comércio, enfim, possuem preocupações maiores com o destino da justiça internacional, e por isso justifica-se a escolha dos juízes também por parte do Conselho.

O discurso de Root para legitimar o Conselho muito embora venha ornado de tons róseos para convencimento da opinião pública e acadêmica não deixa de revelar o real fator que será sopesado na escolha

argumentação de como a Corte Suprema dos Estados Unidos funciona como uma Corte de direito internacional entre os Estados da União. O debate, em verdade, já era presente nas discussões acerca da Corte de Justiça Arbitral de 1907, como conta James Brown Scott em *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*. Vol 1. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909. Nesse sentido: “*It is but natural that the Supreme Court should be the prototype of the permanent tribunal which Mr. Root has in mind, because it was created by the original thirteen States, and in the one hundred and twenty years of its existence it has decided many controversies of an international character between the States of the Union*”. (SCOTT, 1912, p.317)

⁶⁸ ROUSSEAU, 1983, p.401.

⁶⁹ Comitê de Juristas, *Procès-Verbaux*, p.108-9.

⁷⁰ A escolha veio insculpida no artigo 8º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “*L'Assemblée et le Conseil procedent, indépendamment l'une de l'autre, a l'élection, d'abord des juges titulaires, ensuite des juges suppléants*”.

⁷¹ ROOT, 1921.

dos juízes. Não se poderia relegar somente à força democrática representada pela Assembleia a nomeação daqueles que iriam (compulsoriamente) decidir a interpretação do Direito Internacional. Sob uma ótica realista, era necessário de alguma forma balizar os limites e os poderes dessa Corte através da indicação acertada dos juízes. Nesse sentido coaduna-se a lição de Charles Rousseau⁷² uma vez que “as duas engrenagens da LDN facilitaram uma solução aceitável para a forma de nomeação, pois a dualidade dos órgãos de Genebra permitiu conciliar os interesses das grandes potências e as suscetibilidades das demais”⁷³.

Contudo, não era apenas de dois órgãos que se realizava a eleição da Corte. Restou igualmente decidido que os nomes dos juízes viriam por indicação dos grupos nacionais que compunham a Corte Permanente de Arbitragem de 1899. Assim, o Conselho e a Assembleia lançariam mão dos nomes apontados pelos representantes dos Estados na CPA de Haia, que agiriam como árbitros internacionais para compor o corpo jurisdicional da Corte⁷⁴.

A importância deste terceiro elemento revela mais uma vez a sutil vinculação que a CPJI possui com a noção Estatal. Ficaria a encargo dos Estados a indicação dos possíveis juízes a compor a primeira jurisdição internacional permanente.

A proposta inicial do Comitê circunscrevia uma jurisdição internacional permanente e obrigatória. Tal proposta encontra refração na Assembleia por parte das grandes potências que não desejam vincular-se obrigatoriamente com uma jurisdição internacional. Salienta-se que a concepção vigente é ainda aquela apegada à arbitragem internacional, de maneira que os Estados não consideram seguro à sua própria soberania abrir mão destas prerrogativas. Assim, reinicia-se o debate quanto à forma de jurisdição da liga, meramente

⁷² Charles Rousseau (1902-1993) foi um jurista francês especializado na solução de conflitos internacionais, tendo recebido um prêmio da Liga das Nações por uma tese neste sentido. Foi professor na Faculdade de Direito de Paris, bem como diretor do instituto de Altos Estudos Internacionais. Além disso, foi membro do Instituto de Direito Internacional e da Sociedade Francesa de Direito Internacional. É um dos nomes mais profluos em Direito Internacional francês do século XX.

⁷³ ROUSSEAU, 1966, p 353.

⁷⁴ Conforme o art. 4 do Estatuto da CPJI: “*Les membres de la Cour sont élus par l'Assemblée et par le Conseil sur une liste de personnes presentees par les groupes nationaux de la Cour d'Arbitrage, conformément aux dispositions suivantes*”.

opcional ou obrigatória, de maneira que a solução encontrada foi uma composição das duas modalidades (a frente explorada).

A Assembleia adota, então, em 13 de dezembro de 1920, por unanimidade, uma resolução que aceita o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Contudo, a aprovação da Assembleia não significa a adesão dos Estados da Liga ao Estatuto, havendo necessidade de uma posterior ratificação individual de cada membro da Liga interessado em fazer parte da Corte. Este é um ponto importante que deve ser salientado e que distingue igualmente a CPJI da atual Corte Internacional de Justiça (CIJ) da Organizações das Nações Unidas (ONU). A CPJI não é um órgão da Liga das Nações, muito embora seja contemplada no Pacto da Liga⁷⁵, motivo pelo qual se fazia uma necessária entrada na Corte através do Protocolo de Assinatura⁷⁶.

Assim, o anteprojeto foi enviado para ser firmado pelos Estados em 16 de dezembro de 1920. Ficou decidido que quando a maioria dos Estados ratificasse o Estatuto, ele entraria em vigor, o que ocorreu em 1921, quando foi assinado por 34 estados⁷⁷. O Estatuto seria posteriormente reformado em 1929⁷⁸.

⁷⁵ RANGEL, 2007, p.85.

⁷⁶ Segundo Ian Brownlie, a nova Corte possui relações muito mais próximas com a ONU que a anterior com a Liga. Os membros da ONU são membros da Corte, e a Corte é um órgão da ONU (BRONWLLIE, 1998, p.710).

⁷⁷ POLITIS, 1924, p.156.

⁷⁸ Em virtude da atividade crescente da Corte e das pequenas defasagens que o Estatuto proporcionava em março de 1929 um Comitê de Juristas liderado pelos relatores Henri Fromageot e Nicolas Politis começa a trabalhar na revisão do Estatuto. Para Rousseau (1983, p. 363) *“A revisão do Estatuto foi uma consequência do êxito imprevisto da Corte, devido a frequência de suas sessões e a multiplicidade dos assuntos. Se sentiu, portanto, rapidamente, a necessidade de colocar a CPJI em condições para cumprir com continuidade a missão cada vez mais pesada que a ela incumbia, por meio de uma organização mais racional”* (ROUSSEAU, 1983, p.363). Entre os principais pontos da reforma, estão a a) proclamação do caráter permanente da Corte, que daquele ponto em diante estaria sempre em função, exceto pelas férias judiciárias. b) supressão dos juízes suplentes, sendo, a partir de 1929, 15 juiz a composição total da Corte. c) instituição oficial do juiz nacional no estatuto. Para Manley Hudon, as emendas suprimiram algumas lacunas óbvias e incluíram algumas mudanças desejáveis, contudo não eram e vitais importâncias para a Corte e alguns dos seus resultados poderiam ser, como foram, reparadas sem uma mudança dos instrumentos existentes. (HUDSON, 1931, p. 345).

É no ano de 1921 que 34 grupos nacionais apresentam 89 candidatos para serem escolhidos pela Assembleia e Conselho⁷⁹. As eleições ocorrem em setembro de 1921 sem maiores problemas, exceto quanto ao nome do 15º juiz. Nesse caso, enquanto a Assembleia apoiou determinado candidato, o Conselho desejou outro, de maneira que, seguindo as disposições do Estatuto, criou-se uma comissão para a escolha⁸⁰.

A primeira composição ficou assim arquitetada: Altamira (Espanha), Anzilotti (Itália), Barbosa (Brasil), de Bustamante (Cuba), Finlay (Grã-Bretanha), Huber (Suíça), Loder (Países Baixos), Moore (Estados Unidos), Nyhohm (Dinamarca), Oda (Japão), Weiss (França), sendo os suplentes Beic-hmann (Noruega), Negulesco (Romênia), Wang Chung-Hui (China), Yovanovitch (Sérvio-Croata-Esloveno).

Essa era a composição da primeira jurisdição internacional permanente e a maneira como vem orquestrada demonstra bem a forma como o poder vinha equilibrado também numa jurisdição internacional. Tal qual o comitê de juristas, a grande maioria dos membros da Corte é de origem europeia (10), contra uma minoria americana (3) e asiática (2). Em igual sentido, pode-se notar que todas as grandes potências permanentes do Conselho (FR, UK, JP, IT e os EUA) elegem um juiz de sua nacionalidade. É compreensível que a imagem da Corte Permanente de Justiça Internacional possua uma imagem pública de Europeia, Europeia Ocidental. Essa imagem pública refletia, quase exatamente, sua atual composição⁸¹.

Contudo, uma análise do perfil jurídico da primeira composição também demonstra que uma antiga tradição (criticada) da arbitragem internacional vem renovada. Não mais diplomatas e homens da política, os juízes deverão ser essencialmente “homens da ciência”⁸², professores, alguns magistrados de carreira, mas sobretudo homens que se afastem

⁷⁹ As eleições são narradas com pormenores em SCOTT, James Brown. The Election of Judges for the Permanent Court of International Justice. **The American Journal of International Law**, v. 15, n. 4, pp. 556-558, jul. 1921.

⁸⁰ Art. 12 Estatuto da Corte: “*Si, apres la troisieme seance d'election, il teste encore des sieges a pourvoir, il peut etre a tout moment forme sur la demande, soit de l'Assemblee, soit du Conseil, une Commission mediatrice de six membres, nommes trois par l'Assemblee, trois par le Conseil, en vue de choisir pour chaque siege non pourvu un nom k presenter h l' adoption separee de l'Assemblee et du Consei*”.

⁸¹ MCWHINNEY, 2006, p. 101.

⁸² POLITIS, 1924, p. 161.

da influência direta estatal. Segundo Oppenheim, diferentemente dos árbitros, os juízes da Corte deveriam ser não diplomatas, não políticos, mas somente homens treinados em Direito no sentido geral, e em Direito Internacional no particular. Homens que são linguistas, que dominam o francês mais que a própria língua e que possuam uma "independência de caráter e sejam livres de preconceitos nacionais de toda sorte"⁸³.

Este caráter quase idealizado dos juízes em detrimento ao modelo arbitral em que o "político" e o "diplomata" são vistos nocivamente pela ciência jurídica, faz com que certa aura mistificadora envolva propriamente os juízes. Espera-se deles um comportamento sobre-humano, metafísico, na sua labuta jurisdicional. A título de exemplo, pode-se citar a maneira como Nicolas Politis aborda o primeiro presidente eleito da Corte (para um mandato de 3 anos⁸⁴), Bernard Lorder (1849-1935), afirmando que "em seu soberbo discurso de inauguração, mostrou seu espírito elevado de imparcialidade e independência o dever de conduzir os trabalhos da Corte"⁸⁵.

Tal orientação vinha a consubstanciar o enunciado do artigo 2º do Estatuto da Corte:

A Corte Permanente de Justiça Internacional é um corpo de magistrados independentes, eleitos, desconsiderando sua nacionalidade, de entre pessoas que gozem de alta consideração moral e possuam as condições exigidas nos seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciais, ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional⁸⁶.

⁸³ OPPENHEIM, 1919, p. 63. Do original: "*men who are linguists, knowing, at anyrate, the French language besides their own; men who possess independence of character and are free from national prejudices of every kind*"

⁸⁴ Artigo 21 do Estatuto da CPJI: "*La Cour elit, pour trois ans, son President et son Vice-President; ils sont reeligibles. Elle nomme son Greffier*".

⁸⁵ POLITIS, 1924, p.163.

⁸⁶ Do original: "*La Cour Permanente de Justice Internationale est un corps de magistrats independants, elus, sans egard a leur nationalite, parmi les personnes jouissant de la plus haute consideration morale, et qui reunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possedant une competence notoire en matiere de droit international.*"

Além da positivação da necessidade de alta qualificação para indicação à Corte, o dispositivo aporta outro elemento importante para o debate acerca da figura do juiz da Corte Permanente. Tal artigo estabelece o dever de se negligenciar a nacionalidade no momento da eleição dos juízes. Tal hipótese não parece se verificar com perfeição porquanto se percebe uma clara tendência à nacionalização dos juízes na composição da Corte. Tal quadro se agudiza ao se considerar que, para Hudson, a questão da imparcialidade vem definida através da nacionalidade distinta dos juízes, diferentemente da composição arbitral⁸⁷,

Considerando a importância da nacionalidade na nomeação do juiz e a fim de extirpar a nova Corte de qualquer mácula, criou-se a hipótese do “juiz *ad hoc*” ou juiz nacional regulado pelo artigo 31⁸⁸. Considerada uma das inovações da Corte, tal previsão estabelecia que, no caso das partes em litígio possuírem um juiz da mesma nacionalidade, a outra parte poderá indicar um juiz *ad hoc* para compor a Corte. Nas palavras de Charles Rousseau⁸⁹, “não basta que a justiça seja justa, é necessário que ela pareça justa”, motivo pelo qual se argumenta que a existência de um juiz de uma nacionalidade alteraria o equilíbrio da balança.

Duas breves exortações podem ser efetuadas no que se refere a essa instituição. A primeira delas é a hipótese desta disposição ser ou não uma eventual contradição ao princípio do juiz ser desvinculado à sua nacionalidade nos ditames do art. 2º do Estatuto anteriormente referenciado. Afinal, se determinado juiz é escolhido em se desconsiderando sua nacionalidade, conseqüência lógica que, na hipótese aventada pelo Estatuto, não votará necessariamente a favor de seu país numa causa. A crítica que aqui se perfaz volta-se não contra o instituto do juiz *ad hoc*, instituto esse extremamente necessário à melhor aceitação da sentença pelos Estados, mas sim à tentativa do estatuto de

⁸⁷ HUDSON, 1922, p. 257.

⁸⁸ Art. 31 do Estatuto da CPJI *Les juges de la nationalite de chacune des parties en cause conservent le droit de sieger dans l' affaire dont la Cour est saisie. Si la Cour compte sur le siege un juge de la nationalite d'une seule des parties, l'autre partie pent designer pour sieger un juge suppleant s'il s'en trouve un de sa nationalite. S'il n'en existe pas, elle pent choisir un juge, pris de preference parmi les personnes qui ont ete l'objet d'une presentation en conformite des articles 4 et 5.*

⁸⁹ ROUSSEAU, 1983, p. 403.

extirpar hermeticamente o elemento da nacionalidade do juiz no artigo 2º ao mesmo tempo em que o leva em consideração no art. 31.

A segunda questão a ser sopesada é o caráter eminentemente arbitral que a escolha da Comissão encerra com a possibilidade de nomeação de um juiz *ad hoc*. Prática usual nas arbitragens internacionais (sobretudo nas comissões mistas), a paridade de partes e o princípio da equidade em que as partes nomeiam os árbitros para sua satisfação e para o aceite da decisão. Nesse sentido, Politis afirma que nesse momento a Corte se aproxima de uma espécie de tribunal arbitral⁹⁰, vez que utiliza da antiga prática arbitral de inserir um juiz de cada nacionalidade para “equilibrar” o tribunal. Sobre a questão, Manley Hudson posiciona-se em igual sentido, afirmando ainda que tal instrumento fornece a base para afirmar que a nova Corte foi investida também de uma função “extrajudicial”, porquanto deixa suas bases permanentes e pré-definidas para remeter à parte a escolha do árbitro.

De todo modo, como anteriormente referenciado, a previsão é importante vez que com a possibilidade de reeleição estabelecida no Estatuto somada ao mandato de 9 anos⁹¹, tem-se a hipótese de um mesmo juiz de determinada nacionalidade permanecer por dezoito anos na Corte, porquanto não ser possível dois juízes de uma mesma nacionalidade comporem a Corte. Seus ordenados são pagos pela Liga das Nações, de maneira a desvincular completamente o juiz de qualquer atividade e também estimulando sua participação na Corte⁹².

Outra medida que foi adotada neste sentido pelo Comitê de juristas é a não obrigatoriedade de um juiz permanecer na Corte durante o ano inteiro. Em seu ensaio *La Corte Permanente di Giustizia Internazionale*, Gabriele Salvioi comenta que a obrigatoriedade de uma permanência ininterrupta desestimularia grandes personalidades do

⁹⁰ POLITIS, 1924, p. 165.

⁹¹ Artigo 13 do Estatuto da CPJI: “*Les membres de la Cour sont élus pour neuf ans. Ils sont reéligibles. Ils restent en fonction jusqu’i leur remplacement. Après ce remplacement, ils continuent de connaitre des affaires dont ils sont déjà saisis*”.

⁹² Expresso em florins holandeses, o ordenado anual dos juízes encerra-se na cifra de 15 mil florins, aproximadamente U\$6,030 por ano. O Presidente da Corte recebe um adicional de 45 mil florins, sendo que todos os juízes possuem direito ao ressarcimento de despesas adicionais como moradia e viagens (MOORE, 1924, p.51). A quantia aproximada que ganha um juiz da Corte Internacional de Justiça hoje é de R\$ 32,5 mil mensais.

direito internacional a assumir seu posto⁹³. O dever de constância na Corte durante todo o ano é do Presidente da Corte que também nomeará o Secretário (*Registrar*) da Corte, responsável pela documentação processual da Corte e pelo contato com os Governos.

No que diz respeito aos reflexos que a Corte manifesta sobre a concepção de direito internacional de sua época verifica-se também a discussão em relações a sujeitos do Direito Internacional. A Corte é uma jurisdição fechada a Estados, o que se denota bem no artigo 34 do Estatuto quando dispõe que “Somente os Estados ou Membros da Liga das Nações podem ser partes perante a Corte”⁹⁴. Ainda que houvesse a previsão para os casos em que não membros da Liga viessem compor a Corte⁹⁵, a restrição estatal mantinha-se em vigor para evitar (e proteger) que os Estados fossem demandados por outras autoridades que não Estados. Para internacionalistas da época como Politis, este é outro “limite”⁹⁶ à Justiça internacional. O debate acerca do papel cada vez maior do indivíduo no Direito Internacional é profícuo no período, sobretudo no que se refere à Escola Francesa do Direito Internacional⁹⁷.

Tal concepção atende a dois desdobramentos importantes. O primeiro deles é a esperança de que uma Corte Internacional servisse como uma verdadeira corte acima dos Estados, como instância última a qual os indivíduos pudessem recorrer. Hoje tal concepção é bastante clara nos meios internacionais, sobretudo no que se refere às jurisdições de proteção aos Direitos Humanos, contudo, realizando-se um sopesamento histórico, pode-se perceber que a inovação que representou a CPJI também traz este tipo de questionamento. Isto porque de certa forma o debate não havia sido superado. Como anteriormente

⁹³ SALVIOLI, 1924, p.63.

⁹⁴ Do original: “*Seuls les Etats ou les Membres de la Societe des Nations ont qualite pour se presenter devant la Cour.*”

⁹⁵ Art. 34 do Estatuto: “*Les conditions auxquelles elle est ouverte aux autres Etats sont, sous reserve des dispositions particulieres des traites en vigueur, reglees par le Conseil, et dans tous les cas, sans qu'il puisse en resulter pour les parties aucune inegalite devant la Cour. Lorsqu'un Etat, qui n'est pas Membre de la Societe des Nations, est partie en cause, la Cour fixera la contribution aux frais de la Cour, que cette partie devra supporter.*”

⁹⁶ POLITIS, 1926, p.448.

⁹⁷ Sobre a temática ver KOSKENNIEMI, Martti. **El discreto civilizador de Naciones**: el auge y la caída del derecho internacional 1870-1960. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina. 2005, e POLITIS, Nicolas. **Les Nouvelles Tendances Du Droit International**. Paris: Librairie Hachette, 1927.

demonstrado, a Corte Internacional de Presas proposta (mas não em vigor) no âmbito das Convenções de Haia de 1907 permitia que indivíduos a ela recorressem, bem como a Corte Centro-Americana de Justiça, a qual disciplinava a possibilidade de indivíduos acionarem diretamente Estados. Para Politis, seria prematuro conceder o acesso a Corte para que particulares agissem contra Estados⁹⁸.

A segunda questão importante é que a CPJI mantém a formação arbitral de relações inter-Estatais, optando mais uma vez por servir aos interesses dos Estados-parte da Liga. Ou seja, na concepção arbitral que vigia na Corte Permanente de Arbitragem também era impedido a particulares demandarem contra Estados, e tal concepção subsistiu ao debate do papel do indivíduo.

Retomando as considerações acerca da competência da Corte Permanente de Justiça Internacional, importantes são as palavras de Ole Spiermann, ao qualificar a discussão e a formação da competência da Corte como um passo atrás rumo a adjudicação, um passo de volta à arbitragem⁹⁹. Tal afirmação se verifica na medida em que os trabalhos do Comitê de Juristas sempre tiveram em mente a ideia de formar uma Corte Internacional de jurisdição contenciosa compulsória¹⁰⁰. Contudo, tal proposição não encontrou chancela na vontade política dos Estados da Liga, de maneira que sua obrigatoriedade naufragou.

O discurso jurídico com o qual se escudou esta vontade política dos Estados foi o artigo 12 do Pacto da Liga das Nações, que dispunha a faculdade dos Estados de escolher qual método jurisdicional (arbitragem ou adjudicação) utilizaram na resolução dos seus conflitos¹⁰¹. Deste modo, a obrigatoriedade da resolução jurisdicional estaria ferindo o Pacto da Liga que prevê a liberdade de escolha. Contudo, tal argumentação jurídica não parece prosperar vez que uma vinculação obrigatória à solução jurisdicional não impediria efetivamente que os Estados escolhessem qual a metodologia para sua solução de conflitos. Verifica-se, pois, que os Estados ainda se encontravam demasiadamente apegados ao seu conceito de soberania e independência para efetivamente submeter-se à uma Corte longe de seu arbítrio.

⁹⁸ POLITIS, 1924, p. 166.

⁹⁹ SPIERMANN, Ole. **International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice**. New York: Cambridge University Press, 2005, p.10.

¹⁰⁰ Comitê de Juristas, *Procès-verbaux*, p.204-250.

¹⁰¹ Cf. BOURGEOIS, 1920, p.76.

Diante desse contexto, a Corte ainda que permanente, teria sua jurisdição contenciosa concatenada à ideia facultativa de jurisdição. Nesse sentido cabem as palavras Charles Rousseau, ao afirmar que “não há jurisdição na ordem internacional senão sobre a base da vontade do Estado, cujo consentimento é a condição prévia para a solução judicial”¹⁰². Sopesando a questão neste sentido, o juiz da corte John Moore em ensaio à *Columbia Review* em 1922 igualmente ponderou que a jurisdição da Corte, excetuando os casos em que fora disposto o contrário, é totalmente voluntária¹⁰³.

Cabe, ante a perspectiva que se abre com a questão do fundamento teórico que legitima o trabalho da Corte Permanente de Justiça Internacional, examinar a corrente doutrinal que fundamenta a ideia de vontade dos Estados como fundamento do direito. Nesse norte, dois são os grandes nomes que despontam na ciência jurídica como defensores de um neovoluntarismo como fundamento do direito internacional: Henrich Triepel¹⁰⁴ e Dionísio Anzilotti.

Em seu *Corso di Diritto Internazionale*, Anzilotti¹⁰⁵ sustenta que direito internacional, ou seja, o ordenamento jurídico da comunidade dos Estados, é composto das normas que encontram no *pacta sunt servanda*¹⁰⁶ o fundamento de sua existência. Faz referência que, ao contrário do direito interno, o princípio do *pacta sunt servanda* não repousa sobre uma norma superior; é ele a norma suprema¹⁰⁷. Significa

¹⁰² ROUSSEAU, 1966, p.351.

¹⁰³ MOORE, 1922, p.511.

¹⁰⁴ Heinrich Triepel (1868-1946), é um jurista germânico e professor de direito internacional em Berlim. Além de ser considerado um dos pais do neovoluntarismo, Triepel é considerado o fundador da doutrina dualista no direito internacional. Cf. TRUYOL, 1970, p.58.

¹⁰⁵ ANZILOTTI, 1964, p.45.

¹⁰⁶ Numa tradução livre, “os pactos devem ser cumpridos”. Em termos de direito internacional, o princípio significa dizer que os Estados devem respeitar os pactos firmados entre eles.

¹⁰⁷ ANZILOTTI, 1964, p. 44-45. Do original: “*Ogni ordenamento giuridico consta di un complesso di norme, che desumono il loro valore obbligatorio da una norma fondamentale, allá quale tutte, direttamente o indirettamente, si riconducono. La norma fondamentale determina pertanto quali sono le norme che compongono un dato ordinamento giuridico e lè raccoglie ad unitá. Ciò che distingue l’ordinamento internazionale è che in esso il principio pacta sunt servanda non riposa come nel diritto interno, sopra una norma superiore; è esso stesso la norma suprema. La regola secondo cui ‘gli Stati devono rispettare i patti conclusi fra loro’ costituisce pertanto il criterio formale, che distingue*

dizer que é no próprio compromisso, na declaração da vontade, que se encontra no âmbito internacional a força “coatora” que no direito interno a figura do Estado representa. Em que pese não existir no direito internacional tal figura hierarquicamente superior, não se pode declarar uma “anarquia” exatamente pelo fato de no *pacta sunt servanda* se fundamentar tal ordenamento, ou seja, na vontade dos Estados e no seu próprio compromisso de respeitar as normas das quais é criador.

O caráter voluntarista da obra de Anzilotti é inegável e sobre seu prisma podemos analisar sua concepção de resolução pacífica de controvérsias, ou melhor, do direito que regula a solução destas controvérsias. É faculdade dos Estados escolher o meio pelo qual resolverá suas controvérsias e não existe, *a priori*, limitação para esta predileção. Tal concepção do jurista italiano verifica-se numa das primeiras oportunidades que a CPJI encontrou para se pronunciar, no caso do parecer consultivo da *Carélia Oriental* de 1923, situação na qual se esclareceu que “está bem estabelecido no direito internacional que nenhum Estado será obrigado de submeter suas diferenças com outros Estados, seja à mediação, seja à arbitragem, seja enfim a qualquer processo de solução pacífica, sem seu consentimento”¹⁰⁸.

Também sobre a vontade dos Estados Anzilotti coloca o fundamento da arbitragem internacional. São as vontades de dois ou mais Estados de dirimir determinada controvérsia que colocam a lide sobre o juízo de um terceiro que sobre o direito dará fim à controvérsia. Num momento histórico em que inexistiam tribunais internacionais, o autor italiano afirma ser a arbitragem o exercício da jurisdição, ou pelo menos uma substituição à função jurisdicional no âmbito internacional¹⁰⁹ e seu conceito se estende para o fundamento das jurisdições internacionais, como preleciona Gabriele Salvioi¹¹⁰.

le norme di cui parliamo dalle altre e lê raccoglie ad unità. [...] Queste norme costituiscono il diritto internazionale, cioè l'ordinamento giuridico della comunità degli Stati””

¹⁰⁸ Do original: “*Il est bien établi en droit international qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement*” (CPJI, Parecer Consultivo da Carélia Oriental, Série B, nº 5, 1923 p.27.)

¹⁰⁹ “[...] *si tratta di definizione di controversie mediante un giudizio altrui, figura logica che costituisce l'affinità più spiccata e costante fra l'arbitrato e il processo, così è stato facile il passo a considerare l'arbitrato internazionale*

O elemento eminentemente voluntarista que constitui a resolução pacífica de controvérsias e a dinâmica dos tribunais internacionais não se verifica tão somente na doutrina, como em seus próprios julgados iniciais a CPJI reafirma o caráter voluntarista de seu fundamento. A título de exemplo pode-se citar o *Caso Mavrommatis*, de 1924, entre Grécia e Reino Unido, no qual o preâmbulo dispõe que “a Corte, considerando o fato que sua jurisdição é limitada, que ela se funda sempre no consentimento da parte acusada”¹¹¹.

Em verdade, ao longo de sua jurisprudência não faltam casos relembando o caráter limitado da jurisdição da Corte. De maneira clara e decisiva, o acórdão de 1928 do *Caso dos Fosfatos Marroquinos* dispõe que “a jurisdição não existe senão nos termos nos quais ela foi aceita”¹¹². Tal construção jurisprudencial endossando a concepção de que somente o consentimento dos Estados pode gerar obrigações internacional verifica-se igualmente na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ), considerada a sucessora da CPJI, ao afirmar, em 1948, no parecer consultivo do *Estreito de Corfu* de 1948, que “o consentimento dos Estados parte a um litígio é o fundamento da jurisdição da Corte em matéria contenciosa”¹¹³.

Tal elemento voluntário é utilizado tanto para a Corte declarar-se competente como igualmente para declarar-se incompetente para julgar determinado litígio. No caso da Carélia Oriental, por exemplo, na opinião consultiva de 1923, a Corte se absteve de se pronunciar, mesmo na forma de questão consultiva, vez que a jurisdição da Corte só poderia ocorrer com base no consentimento, não podendo um Estado estar submetido à justiça internacional sem seu consentimento. De tal forma,

come esercizio di giurisdizione o, per lo meno, come un sostitutivo della funzione giurisdizionale.” ANZILOTTI, 1915, p.42

¹¹⁰ SALVIOLI, 1924, p.39.

¹¹¹ Do original: “*La Cour, en considération du fait que sa jurisdiction est limitée, qu'elle se fonde toujours sur le consentement du défendeur...*” (CPJI, *Caso Mavrommatis*, Série A, nº 2, 1924, p.16).

¹¹² “*La jurisdiction n'existe que dans les termes où elle a été acceptée*” (CPJI, *Caso dos Fosfatos Marroquinos*, Série A, nº 28, 1928)

¹¹³ Do original: “*Le consentement des Etats parties à un différend est le fondement de la jurisdiction de la Cour en matière contentieuse*” (CIJ, *Parecer Consultivo do Caso Corfu*, Recueil, p.16, 1948.). Em igual maneira: “*O tribunal não pode exercer sua jurisdição a respeito de um Estado se não tiver o consentimento deste último*” (CIJ, *Caso do Ouro monetário verificado em Roma* em 1943, 1954, p.32)

como a URSS se negava a participar do procedimento, a Corte se absteve de pronunciar-se, vez que estaria resolvendo a questão entre os Estados¹¹⁴, o que só permitido na seara contenciosa da Corte.

A jurisdição contenciosa da Corte Permanente estaria, portanto, estendida somente aos Estados que a ela voluntariamente se submetessem. Nesta perspectiva, três são as formas jurisdição contenciosa orquestradas pela Corte: a) a jurisdição facultativa; b) a jurisdição obrigatória por cláusula anterior; c) a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.

No que concerne à jurisdição facultativa (a), a regra geral, trata-se do litígio que surge entre Estados em que ambos decidem submeter a contenda à Corte e vem regulada pelo artigo 36 do Estatuto: “A competência da Corte estende-se a todos os litígios que as partes submetam à Corte, bem como a todos os casos especialmente previstos nos tratados e convenções em vigor”¹¹⁵. No mesmo artigo verifica-se também a jurisdição obrigatória da Corte (b) delineada na disposição de que todos os tratados em convenções em que se encontrar estipulada a CPJI para resolver um litígio, o Estado não poderá dela se esquivar.

A novidade da Corte fez com que os tratados internacionais que anteriormente previssem a Corte Permanente de Arbitragem como metodologia para resolução de um litígio agora delimitassem que seria a CPJI a atuar. Nesse sentido, a partir de 1920, a CPJI começou a figurar nos tratados e pactos de uma maneira crescente¹¹⁶. Contudo, como anteriormente anunciado, tal jurisdição “obrigatória” não deixa de ser igualmente voluntária vez que exige uma anterior emissão de vontade do Estado para sua vinculação.

Por fim, a grande inovação que a Corte trouxe em matéria de competência veio por sugestão do jurista brasileiro Raul Fernandes: a cláusula opcional de jurisdição obrigatória. Através de tal cláusula, segundo a redação do artigo 36 do Estatuto¹¹⁷, os Estados

¹¹⁴ ROUSSEAU, 1983, p. 360.

¹¹⁵ Do original: “*La competence de la Cour s'etend a toutes affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'a tous les cas specialement prevus dans les traites et conventions en vigueu*”.

¹¹⁶ OPPENHEIM, 1921, p. 38.

¹¹⁷ Artigo 36 do Estatuto da CPJI: [...]” *Les Membres de la Societe et Etats mentionnes a l'Annexe au Facte pourront, soit lors de la signature ou de la ratification du Frotocolo, auquel le present acte est joint, soit ulterieurement, declarer reconnaitre des a present comme obligatoire, de plein droit et sans convention speciale, visa-a-vis de tout autre Membre ou Etat accept ant la*

comprometiam-se a aceitar uma jurisdição compulsória *ipso facto*, sem a necessidade de posterior ou anterior aceitação pactícia. Avizinhando-se consideravelmente da ideia de direito nacional, os Estados após o aceite de cláusula viam-se diretamente obrigados à triangulação processual, sem poder repelir as lides contra si intentadas com base na não-pactuação.

Cabe aqui acrescentar que referenciado dispositivo explicitava restritivamente as questões as quais estariam submetidas a esta jurisdição compulsória. Outra consideração importante que deve ser realizada é que a estipulação da cláusula obrigatória não exigia a reciprocidade para sua efetivação¹¹⁸, ou seja, um Estado que não estivesse vinculado à cláusula optativa de jurisdição obrigatória poderia, na medida de seus interesses, demandar um Estado que a ela estivesse vinculado sendo impossível a este recusar a jurisdição da Corte.

Interessante perceber que no ano de 1929 somente 28 Estados tinham se vinculado a esta cláusula, dentre os quais apenas a Alemanha figurava como grande potência¹¹⁹. Pode-se questionar, por exemplo, se tal quadro não revela que a jurisdição internacional arquitetada pelas grandes potências não servia para vincular as menores à jurisdição obrigatória sem, contudo, atrelar as grandes à essa obrigação judicial. Ainda que a ideia tenha surgido do representante de um Estado “menor”, ela bem servia à estrutura política das Grandes potências e talvez sem ela, a Corte jamais tivesse conhecido qualquer esquema de adjudicação compulsória.

même obligation, la juridiction de la Cour sur toutes ou quelquesunes des categories de differends d'ordre juridique ayant pour objet:

a) L'interpretation d'un Traite; b) Tout point de droit international; c) La realite de tout fait qui, s'il etait etabli, constituerait; la violation d'un engagement international.

d) La nature ou l'etendue de la reparation due pour la rupture d'un engagement international.

La declaration ci-dessus visee pourra 6tre faite purement et simplement ou sous condition de reciprocite de la part de plusieurs ou de certains Membres ou Etats, ou pour un delai determine.

En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est competente, la Cour decide.”

¹¹⁸ Artigo 36 do Estatuto: “[...] *La declaration ci-dessus visee pourra 6tre faite purement et simplement ou sous condition de reciprocite de la part de plusieurs ou de certains Membres ou Etats, ou pour un delai determin*”.

¹¹⁹ ROUSSEAU, 1966, p. 358.

Está-se até o momento tratando da jurisdição *contenciosa* da Corte por opor-se diametralmente àquela outra inovação da Corte que é a sua *jurisdição consultiva*, concretizada nos pareceres consultivos (*avis consultatifs* no francês, *advisory opinions* em inglês). Também esta se configura uma diferenciação da CPJI em relação à arbitragem internacional. Estabelecida pelo artigo 14 do Pacto da Liga das Nações como um segundo desdobramento da jurisdição da Corte¹²⁰, a função consultiva da CPJI restringe-se às solicitações realizadas pela Assembleia e pelo Conselho. A CPJI ganha o papel, pois, de órgão de assessoramento jurídico da organização internacional, desempenhando também esta função essencialmente restrita à organização.

Essa tese se verifica na primeira atividade jurisdicional da Corte após a sessão solene inaugurando os trabalhos em 15 de fevereiro de 1922. Em artigo publicado na *Harvard Law Review*, o juiz sueco Ake Hammarskjöld analisa os três primeiros pareceres consultivos proferidos pela Corte. Todos eles envolviam interpretação do Tratado de Versalhes a respeito da Alemanha, sobretudo em questões trabalhistas¹²¹. Nesse primeiro momento a Corte já demonstrara seu caráter de assessor jurídico do Conselho que se via diante de situações práticas a gerir diante das obrigações impostas pelo Tratado de Versalhes, mas havia discussões acerca da aplicação destas normas¹²².

É exatamente este caráter de assessoramento jurídico que será reprovado por autores como Nicolas Politis e Marshall Brown, que tecerão duras críticas à função consultiva da Corte, afirmando não ser ela um verdadeiro exercício da função jurisdicional¹²³. Independente de tal fato, a função consultiva da Corte demonstrou-se (e ainda demonstra-

¹²⁰ Ole Spiermann trata o tema pelo termo “*a dupla jurisdição do artigo 14 do Pacto*” (SPIERMANN, 2005, p. 13)

¹²¹ Hammarskjöld, 1923, p.717. Nesse sentido: *Thus the first of the questions was "whether the Dutch Workers' Delegate at the Third International Labor Conference had been nominated in accordance with the provisions of paragraph 3 of art. 389 of the Treaty of Versailles, "whilst the second question was " whether the competence of the International Labor Organization extends to the international regulation of the conditions of labor of persons employed in agriculture, "and the third, " whether examination of proposals for the organization and development of the methods of agricultural production and of other questions of a like character fall within the competence of the International Labor Organization."* (HAMMARSKJÖLD, 1923, p.17)

¹²² HAMMARSKJÖLD, 1923, p.722.

¹²³ ROUSSEAU, 1983, p.416.

se, ao se pensar na frutífera atividade da Corte Internacional de Justiça nesse sentido) inteiramente plástica à necessidade de uma organização internacional solucionando-lhe problemas num debate entre os principais juristas indicados daquela instituição.

De todo modo, o panorama da competência da Corte em suas três frentes (facultativa e obrigatória em dois vieses) é complementado por outra inovação da CPJI em relação à arbitragem internacional: a capacidade de declarar sua própria competência¹²⁴. Assim, ainda que um Estado no início de uma lide levante argumentação preliminar de que não se encontra plenamente vinculado ao corpo jurisdicional, será a Corte a decidir se este argumento procede ou não, se ela possui competência para julgar a lide ou não.

Os argumentos acima colacionados demonstram a existência certa tensão na atividade de construção da Corte (na forja de seu Estatuto) e a imagem de jurisdição internacional permanente idealizada pelos seus defensores doutrinários¹²⁵. Mesmo em 1931, em curso oferecido na Academia de Direito Internacional de Haia sobre a Corte, Mégalos Caloyanni¹²⁶ afirmava que as necessidades do pós-Guerra reclamaram uma nova organização de Justiça internacional, o direito internacional progredido de diversas formas, o fixou. De outro lado, a atrocidade humana reclama as organizações especiais e especializadas, tudo converge para uma organização uniforme, completa, de Justiça Internacional¹²⁷. A visão idealizada e ligeiramente descompassada com a realidade de Caloyanni chega a firmar que “a ideia absoluta da Soberania perde já bastante de sua intransigência”¹²⁸.

A hipótese de Caloyanni não parece se verificar vez que a intransigência da soberania é que baliza a capacidade de jurisdição da

¹²⁴ Segundo Politis: “*Today, while contestants before the Court are free to challenge its competence, as before any other tribunal, it remains for the Court itself to rule on the point whether or not it is competent to act*” (POLITIS, 1926, p.950).

¹²⁵ Como apontou WEHBERG, 1918.

¹²⁶ Mégalos A. Caloyanni (1869-) é um internacionalista grego. Membro do International Law Association, é um dos principais nome da ciência jurídica helênica ao lado de Nicolas Politis. Entre suas principais publicações está um ensaio de 1926 sobre a Corte Permanente de Justiça Internacional e seu curso lecionado na academia de direito internacional de Haia.

¹²⁷ CALOYANNI, 1931, p.775.

¹²⁸ CALOYANNI, 1931, p. 777. Do original: “*l'idée absolue de la Souveraineté perd éja beaucoup de son intransigeance*”.

Corte, bem como submeteu sua já enfraquecida fórmula de jurisdição compulsória a um rol taxativo (embora amplo) do artigo 36 do Estatuto da Corte.

Exigindo seu tributo, a Soberania dos Estados também só vai permitir a existência de uma Corte Permanente se identificar precisamente qual será o direito a ser aplicado por aquele tribunal. Se no procedimento arbitral era claro que as partes é que escolheriam quais normas compunham a lide, num procedimento judiciário, esta prerrogativa não era translúcida. Na sistematização das fontes e na indicação, o Comitê de Juristas elaborou um dos artigos mais importantes para a dinâmica das fontes do Direito Internacional, o artigo 38:

A Corte aplicará:

1. As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
2. O costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito;
3. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
4. Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
5. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes assim convierem¹²⁹.

Mantendo-se basicamente intacto no Estatuto da atual Corte Internacional de Justiça, o presente dispositivo é referência obrigatória nos manuais de Direito Internacional ao se tratar das fontes do direito da

¹²⁹ Do original: “*La Cour appliqué: 1. Les conventions Internationales, soit generales, soit speciales, etablissant des regies expressement reconnues par les Etats en litige ; 2. La coutume Internationale comme preuve d'une pratique generale acceptee comme etant le droit; 3. Les principes generaux de droit reconnus par les nations civilisees ; 4. Sous reserve de la disposition de l' article 59, les decisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifies, comme moyen auxiliaire de determination des regles de droit. La presente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d' accord, de statuer ex aequo et bono*”.

comunidade dos Estados. Os três primeiros pontos do artigo não necessitam de maiores digressões. Contudo, o quarto e o quinto merecem as necessárias ponderações.

No que tange à disposição do estatuto de utilizar a equidade (*ex aequo et bono*) como fonte, Politis¹³⁰ aponta que nesse sentido a Corte se aproxima também da prática assentada da arbitragem internacional vez que cabia aos árbitros por vezes utilizar mais a conciliação para pôr fim a um litígio que verdadeiramente decidir sobre razões jurídicas. Mas a aproximação é necessária, segundo o jurista francês. Isto porque esta inclusão no Estatuto seria para evitar que, na ausência de normas ou princípios que resolvessem determinado caso, e a Corte tivesse de declinar de sua jurisdição, por isso a determinação de só admitir tal hipótese “se as partes assim convierem”.

Evidenciada as principais características da Corte Permanente de Justiça Internacional, impende anotar que o itinerário até aqui realizado tinha como objetivo solevar as cardinais inovações e idiosincrasias da primeira jurisdição internacional permanente. A tensão entre soberania e jurisdição permanente, contudo, demonstram-se desde o primeiro momento marcar sua posição relembrando que os Estados vivem numa dinâmica que prescinde das lógicas do direito nacional.

2.3 OS DEBATES ACERCA DO USO DE DECISÕES JUDICIAIS NO COMITÊ DE JURISTAS DE 1920 E A FUNÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Da Convenção de Haia de 1907 a 1919, doze anos se passaram e o debate acerca de uma jurisdição internacional permanente permaneceu vivo no seio da ciência jurídica¹³¹. Muito embora parte da comunidade internacional estivesse envolvida na primeira guerra mundial, o que imobilizou parcialmente a Europa, os estudiosos de direito internacional não deixaram de alimentar a discussão acerca da jurisdição internacional: seja identificando as deficiências ou características negativas da arbitragem, seja propagando a ideia de uma jurisdição internacional permanente. Segundo o francês Georges Scelle¹³², era necessário um:

¹³⁰ POLITIS, 1924, p. 170.

¹³¹ POLITIS, 1924, p.138.

¹³² SCELLE, 1919, p.71.

verdadeiro organismo, com uma existência material, uma equipe de carne e osso, suscetível de adquirir uma autoridade considerável sobre a opinião universal, concebido inclusive, por certos espíritos, como uma espécie de personalidade internacional independente dos Estados, e moralmente superior a eles, vez que ela haverá a tarefa de julgá-los¹³³.

Como apontado, é na crítica ao modelo arbitral que o debate se reacende e propostas de uma corte permanente toma corpo no discurso internacionalista. Em seu livro de 1916, "An International Court of Justice"¹³⁴, James Brown Scott demonstra uma série de iniciativas, correspondências e modelos de convenções trocados por Estados como Alemanha, França, Estados Unidos e Grã-Bretanha ao longo dos primeiros vinte anos do século XX na tentativa de lapidar uma corte permanente. Intuindo esse ebulir da Comunidade Internacional e motivados pela experiência do início do século, diversos países realizam propostas de Corte e trocam correspondência entre si. Dinamarca, Países Baixos, Noruega, Suíça e Suécia são exemplos de Estados que oferecem uma notável contribuição neste sentido¹³⁵. Nos Estados Unidos, em 1910, é criada a *American Society for the Judicial Settlement of International Disputes*¹³⁶, presidida por James Brown Scott, voltada a discutir a corte permanente. As iniciativas deslocam-se, pois, em duas

¹³³ Do original: "*un véritable organisme, ayant une existence matérielle, un personnel en chair et en os, susceptible d'acquérir une autorité considérable sur l'opinion universelle, conçue même, par certains esprits, comme une sorte de personnalité internationale indépendante des Etats, et moralement leur supérieure, puisqu'elle aurait pour tâche de les juger*"

¹³⁴ SCOTT, James Brown. **An International Court of Justice**. New York: Oxford University Press, 1916.

¹³⁵ HUDSON, 1922, p.250

¹³⁶ A *American Society for the Judicial Settlement of International Disputes*, nascida em Baltimore, 1910, é uma organização cujo objetivo não se concretiza tão somente na criação de um tribunal permanente para resolução de controvérsias internacionais, mas também par a criação de um "sentimento público" que leve os Estados a desenvolverem esta cultura de litígio judicial. Através de suas atividades promoveram-se uma série de debates sobre um tribunal internacional permanente logo após as Convenções de Haia de 1907.

vias¹³⁷. Uma delas institucional, entre os Governos, e a outra no âmbito acadêmico, no qual a discussão floresce¹³⁸.

Além disso, o século XX iniciava um lento processo de codificação do direito internacional no número de tratados que vinham firmados, na esteira das Convenções de Haia. A Liga das Nações igualmente corroborava esse movimento de codificação de maneira que se defendia a necessidade de um órgão jurisdicional internacional para resolver as disputas oriundas desse novo e rico instrumental¹³⁹. O aumento de normas positivas tem por consequência um aumento da necessidade de sua interpretação com os eventuais conflitos surgidos e, como antes apontado, o discurso acerca da insuficiência da arbitragem internacional já permeava o debate.

É nesse panorama de discussão, debate, defesa e ataque a uma corte permanente que a Liga das Nações vai estabelecer o aludido artigo 14 de seu pacto fundador, criando então a Comissão de Juristas responsável por estabelecer um Estatuto. É exatamente nas discussões destes juristas que se poderá enxergar o motivo de determinadas escolhas, sobretudo escolhas relativas às normas que serão aplicáveis pela corte nascente.

Revisitar as discussões do comitê de juristas encontra algumas ressalvas metodológicas advertidas por Jörg Kammerhofer¹⁴⁰, como, por exemplo, o fato de que a transcrição realizada nos *Procès-verbaux* são uma redução do Secretário, Dionisio Anzilotti, não correspondendo em sua totalidade à transcrição dos debates. Todavia, ainda assim, este documento serve à compreensão da maneira como delineado o Estatuto e o porquê das decisões judiciais ganharem o papel que assumem.

Dos 35 encontros realizados pelo Comitê de Juristas de 1920, as discussões relativas às normas a serem aplicadas pela Corte reservaram-se da 13ª à 15ª reunião. Buscando definir qual seria o direito aplicável pela Corte nascente, o presidente do Comitê, o belga Barão Descamps, elaborou uma proposta compilando uma série de documentos enviados

¹³⁷ SCOTT, 1918, p.11.

¹³⁸ Hans Wehberg conta que na Inglaterra juristas como Oppenheim, Lawrence, Higgins, Whittuck, Darby, Barclay colocam-se na lista dos que advogam uma Corte, trabalhando-a em suas obras. Em sua própria Alemanha, Wehberg científica que Heinrich Lammasch e Franz Von Liszt defendem uma Corte Permanente, em oposição às críticas de Otfried Nippold e Heinrich Pohl¹³⁸, a título de exemplo. (WEHBERG, 1918, p. 241).

¹³⁹ CALOYANNI, 1931, p. 776.

¹⁴⁰ KAMMERHOFER, 2006, p. 3.

ao comitê para seus trabalhos, organizando as fontes no seguinte sentido:

The following rules are to be applied by the judge in the solution of international disputes; they will be considered by him in the undermentioned order:

1. conventional international law, whether general or special, being rules expressly adopted by the States;
2. international custom, being practice between nations accepted by them as law;
3. the rules of international law as recognized by the legal conscience of civilized nations;
4. international jurisprudence as a means for the application and development of law.¹⁴¹

Assim, a proposta de Descamps criava uma disposição sucessiva entre as fontes. Isto se torna evidente no texto francês através do termo “*en ordre successif*”. Aqui nasce uma das primeiras discussões acerca da existência ou não de hierarquização entre as fontes do direito internacional¹⁴² dentro do Estatuto da Corte.

Em quarto lugar, digno de expressa nota, deveria ser aplicada a “jurisprudência internacional, como fonte de aplicação e desenvolvimento do direito”, para quando nem tratados, nem costume nem princípios (embrionariamente definidos no item 3) resolvessem a

¹⁴¹ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 306. Na versão francesa: “*Les règles à appliquer par le juge pour la solution des différends internationaux sont les suivantes, dans l'ordre successif où elles s'imposent à son examen:*

1. *le droit international conventionnel, soit général, soit spécial, comme manifestation de règles expressément adoptées par les Etats;*
2. *la coutume internationale, comme attestation d'une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi;*
3. *les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés;*
4. *la jurisprudence internationale, comme organe d'application et de développement du droit”.*

¹⁴² Nesse sentido pode-se citar Michael Akehurst, em seu artigo *The hierarchy of the sources of international law* em que argumenta: “*However, it is not clear whether these words were intended to establish a definite hierarchy of sources, or whether (as Phillimore argued) they merely reflected the logical sequence in which the rules would occur to the judge's mind*”. AKEHURST, Michael. *The Hierarchy of the Sources of International Law*. **British Yearbook of International Law**, n. 47, 1975, p. 273-285.

questão. É interessante notar que a proposta de Descamps concede à jurisprudência internacional o papel de promotor do direito, com o escopo de desenvolvê-lo, coadunando-se com parte dos escritores do período que desejavam da Corte um papel ativo no desenvolvimento do direito internacional.

Deve-se salientar que a escolha do rol de fontes a serem aplicadas pela Corte perpassa uma questão de fundo bastante sutil e cara aos membros do Comitê: a posterior aceitação da Corte por parte dos Estados. Não se tratava unicamente de arrolar o máximo de fontes possíveis para o uso da Corte. Como relembra o delegado americano Elihu Root: para o sucesso da jurisdição obrigatória é necessário “estabelecer claramente quais são os limites dessa jurisdição”¹⁴³.

Quanto à inserção de quais seriam as normas a serem aplicadas pela Corte, Alain Pellet separa os juristas da Comissão em três grupos relativos aos seus posicionamentos¹⁴⁴. O primeiro grupo seria daqueles que consideram desnecessária uma enumeração das fontes da lei aplicável pela Corte, deixando à discricão dos juízes tal decisão. O segundo grupo compõe-se dos que aceitavam a enumeração proposta pelo Barão Descamps excetuando o parágrafo 3 e 4. Apegavam-se, deste modo, à concepção positivista que vigorava oferecendo aos tratados internacionais e às normas costumeiras um papel de prevalência dentro do rol de fontes do direito internacional. O terceiro grupo era formado por aqueles que apoiavam as escolhas de Decamps, privilegiando também os princípios de direito internacional, as decisões judiciais e a jurisprudência.

Representando o primeiro grupo de juristas, o francês Albert de Lapradelle argumentou um posicionamento bastante mais aberto no que tange à escolha da lei aplicável, deixando ao juiz sua escolha e definição¹⁴⁵. Sua proposta era a de adotar uma fórmula mais simples e curta (ao mesmo tempo em que assumia contornos imprecisos) de que "a Corte deve julgar de acordo com a lei, justice e a equidade"¹⁴⁶. Desnecessário dizer que a proposta de Lapradelle não ganhou espaço porquanto outorgava aos juízes daquela Corte um poder excessivo,

¹⁴³ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 293.

¹⁴⁴ PELLET, 2006, p.685.

¹⁴⁵ Segundo as palavras de Lapradelle: *"Il faut faire confiance aux juges et leur laisser la liberté de tenir compte eux mêmes de ces différents éléments"* PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 296.

¹⁴⁶ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 295.

poder este que a própria comissão intentava restringir ao avivar a discussão da lei aplicável.

Os membros do segundo grupo alicerçavam-se na ideia de que somente os tratados e os costumes deveriam servir para aplicação da Corte. É nesse contexto que se insere a célebre frase proclamada pelo representante britânico da comissão de juristas, Lord Philipmore. "*Apart from legislation, what remains?*"¹⁴⁷, questiona-se Philipmore. E por que motivo ele utilize esta frase? Em qual contexto ela se insere?

A proposta inicial de Descamps poderia ter escolhido a segura e unânime posição doutrinal de que somente o costume os tratados são as fontes exclusivas do direito internacional¹⁴⁸. Nesse sentido pode-se aqui evocar os escritos da época para demonstrar a concepção vigente de fontes de direito internacional. Ao se recavar o *Corso* de 1914 de Dionísio Anzilotti¹⁴⁹, o autor afirma que “a fonte direta, ou fonte em senso formal, das normas jurídicas é constituída pelas manifestações de vontade as quais a norma fundamental do ordenamento jurídico atribui o valor de regras obrigatórias da conduta dos associados¹⁵⁰”. Para Anzilotti, são as fontes do direito internacional, portanto, os tratados¹⁵¹ e o costume¹⁵². Ambos são manifestações daquela vontade fundadora do direito internacional, sendo uma delas explícita e a outra tácita, mas sempre associados à vontade. Nesse sentido, reforçando sua ideia pactícia, Anzilotti afirma que “o direito internacional constitui-se

¹⁴⁷ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 295.

¹⁴⁸ Nesse sentido cabe apontar duas obras do início do século que refletem bem essa exclusividade. Em 1901, para Lassa Oppenheim (1901, p. 24), na obra *International Law: a treatise*, somente estas duas fontes compunham exclusivamente o rol de fontes do direito internacional. O que também pode ser verificado na doutrina francesa, na obra de BONFILS, Henry. **Manuel de Droit International Public (Droit des Gens)**. 7. ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1914, p. 29)

¹⁴⁹ ANZILOTTI, 1964, p.69. Republicação da obra de 1914.

¹⁵⁰ ANZILOTTI, 1964, p. 66. Do original: “*La fonte diretta, o fonte in senso formale, delle norme giuridiche è costituita dalle manifestazioni di volontà a cui la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico attribuisce il valore di regole obbligatorie della condotta dei consociati*”.

¹⁵¹ Para Anzilotti, um tratado internacional é uma declaração explícita das vontades concordantes de dois ou mais Estados de executar um determinado comportamento recíproco. Cf. ANZILOTTI, 1964, p.67.

¹⁵² Segundo o autor toscano, o acordo tácito, ou seja, o costume, se dá quando a vontade dos Estados de comprometer-se a possuir reciprocamente um dado comportamento resulta dos fatos. Cf. ANZILOTTI, 1964, p.71.

mediante acordos entre os Estados, que trazem seu valor obrigatório da regra *pacta sunt servanda*, e existe somente nos limites nos quais estes acordos aconteceram”¹⁵³. Numa comunidade internacional exclusivamente estatalista, não é de se surpreender que autores como Lassa Oppenheim, em 1905, afirmassem que “costume e tratados são as duas fontes exclusivas”¹⁵⁴ do direito internacional. Posição esta que não se afasta do *Manuel* de Henry Bonfils¹⁵⁵ de 1914. As construções demonstradas por Anzilotti e Oppenheim são demonstrações da intitulada “teoria clássica” de fontes do direito internacional, que restringem o fenômeno jurídico à produção normativa chancelada pela manifestação estatal.

As vozes convergentes na obra dos autores de direito internacional não exaurem a completude do fenômeno jurídico e sua diagramação quanto às fontes, mas oferecem uma chave para compreensão de alguns dos posicionamentos tomados pelos membros da Comissão de Juristas e, em específico, ao papel que relegam às decisões judiciais como fonte do direito internacional.

A segura posição orquestrada pelos membros do segundo grupo entra em consonância com o posicionamento unânime sobre fontes do direito internacional da época, ao mesmo tempo em que oferece uma das primeiras limitações aos poderes da Corte nesse sentido. Mais incisivo, o delegado americano, Elihu Root afirma que “a Corte não deve possuir o poder de legislar”¹⁵⁶.

Somando forças a Root, Lord Philipmore mostra-se verdadeiramente preocupado com o poder legislativo que é dado à Corte no projeto de Descamps. A legislação, segundo o britânico, “em matéria de direito internacional, pode se fazer apenas através do acordo universal de todos os Estados”¹⁵⁷. Desse modo, não havia necessidade de uma explanação expressa dos pontos três e quatro. Segundo

¹⁵³ ANZILOTTI, 1964, p. 67. Do original: “*il diritto internazionale si costituisce mediante accordi fra gli Stati, che traggono il loro valore obbligatorio dalla regola pacta sunt servanda, ed esiste soltanto nei limiti in cui tali accordi sono intervenuti.*”

¹⁵⁴ OPPENHEIM, 1905, p.24. Do original: “*Thus custom and treaties are the two exclusive sources of the Law of Nations*”.

¹⁵⁵ BONFILS, 1914, p.29.

¹⁵⁶ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 309.

¹⁵⁷ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p.295.

Philpmore elas já estavam compreendidas no segundo ponto, o qual permitia a aplicação do costume por parte da Corte¹⁵⁸.

Ante esse contexto e as posições marcadamente restritivas do delegado americano e inglês, nasce outro importante debate que norteará a formação de um terceiro grupo, um grupo que aceitará a presença de outros elementos que não fossem tão somente o elemento convencional e costumeiro, mas elementos outros cujo papel que era debatido na ciência jurídica.

O debate que surge é a possibilidade de ocorrência do *non liquet* na atividade jurisdicional da Corte. O *non liquet* ocorre quando um juiz, na falta de norma a aplicar, deixa de julgar determinado caso a ele submetido. O litúgio 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 o *non liquet* era um fracasso para a Corte e, mais do que isso, significava também a ideia de denegação da justiça. E a negação de justiça era inconcebível para alguns membros do comitê¹⁵⁹.

Ante esse contexto, a inserção das decisões judiciais enquanto norma internacional não podia deixar de ser dissociada de prática arbitral anteriormente referenciada, motivo pelo qual no período em questão os internacionalistas não privilegiam-na sua função enquanto criadora de normas, enquanto manancial originário de regras jurídicas, mas delineiam-lhe outro papel no ordenamento jurídico.

Para Lassa Oppenheim, em 1901, por exemplo, todos os fatores que não entravam em sua conceituação de tratados e costume podiam exercer alguma “influência” na criação do direito internacional, não

¹⁵⁸ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p.295

¹⁵⁹ 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 juízes 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).

constituindo, contudo, uma verdadeira fonte¹⁶⁰. Nesse sentido, Henry Bonfils, em 1914, igualmente aponta:

No Direito Internacional, mais que em qualquer um, as decisões dos tribunais não podem, diretamente e por elas mesmas, criar regras jurídicas. No entanto, devemos consultá-las com cuidado, pois estas decisões permitem conhecer o sentido e a dimensão de um princípio, determinando sua interpretação. Seu estudo oferece um precioso socorro ao publicista, ao diplomata, ao homem de Estado¹⁶¹.

Ao mesmo tempo que reconhece a impossibilidade das decisões dos tribunais criar regras jurídicas, concede-lhe um poder e autoridade nitidamente funcional. O sutil paradoxo que Bonfils concede às decisões encontra-se exatamente no fato de que somente será possível conhecer com profundidade o “sentido e a dimensão” de um determinado princípio ao se buscar de que maneira os tribunais o encaram. Esse caráter dúbio emprestado às decisões judiciais permanece, de certa forma, em vigor até a atualidade¹⁶². Os juízes que defendiam sua inserção no rol do artigo 35 (que posteriormente se transformará no conhecido artigo 38) tinham-na em mente.

A distribuição em três grupos distintos efetivada por Pellet serve para distinguir inicialmente os posicionamentos dos juristas da Comissão, mas não é ela absoluta e restritiva. As três linhas por ele traçadas convivem entre si nos debates que se seguem nas três reuniões. Entretanto, existe uma clara polarização por parte dos delegados britânico e americano, que desejam restringir ao máximo os poderes da Corte, sobretudo no que tange à determinação dos princípios do direito

¹⁶⁰ OPPENHEIM, 1901, p. 24. Nesse sentido: “*All these and other factors may influence the growth of International Law either by creating usages which gradually turn into custom, or by inducing the members of the Family of Nations to conclude such treaties as stipulate legal rules for future international conduct.*”

¹⁶¹ BONFILS, 1914, p.29. Do original: “*Dans le Droit international, pas plus qu'ailleurs, les décisions des tribunaux ne peuvent, directement et par elles seules, créer des règles juridiques. On doit néanmoins les consulter avec soin, car ces décisions font connaître le sens et la portée d'un précepte, déterminent son ordinaire interprétation. Leur étude offre un précieux secours au publiciste, au diplomate, à l'homme d'État.*”

¹⁶² Nesse sentido ver SHAHABUDEEN, 1996.

internacional que configurariam o item “3” do artigo 35. Elihu Root é bastante categórico ao afirmar que acreditava que, se o Comitê fizesse inovações, as nações poderiam não aceitar o projeto¹⁶³.

Interessante notar o paradoxo que representa o fato de que a jurisprudência e as decisões judiciais vem rechaçadas como fonte do direito internacional por parte dos juristas advindos do sistema anglo-saxão. Num sistema jurídico que se fundamenta essencialmente na autoridade do precedente judicial o peso do juiz é redobrado. Talvez a especulação que se possa fazer é que exatamente por estarem cientes do poder que gozam os juízes dentro do sistema da *common law* é que os representantes desse sistema jurídico temessem relegar um poder semelhante ao juiz internacional. Ademais, no que tange ao delegado americano, Elihu Root, deve-se acrescentar que o seu currículo como homem forte da diplomacia americana no início do século XX garante-lhe de igual forma um amplo conhecimento de bastidores de poder, bem como da diplomacia. Delegado americano na Convenção de Haia de 1907 no cargo de chefe do Departamento de Estado Americano, Elihu viu diante de si o fracasso da tentativa de da construção de uma Corte de Justiça Arbitral, da Corte Internacional de Presas, como também o rechaço dos Estados a uma aderência efetiva à Corte Permanente de Arbitragem. Ademais, representava os Estados Unidos, país cuja tradição em recepção interna a tratados internacionais passava por uma criteriosa análise por parte de seu órgão legislativo¹⁶⁴.

Opondo-se diretamente aos receios de Elihu Root, o neerlandês Bernard Loder (posteriormente eleito o primeiro presidente da CPJI)

¹⁶³ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 294.

¹⁶⁴ Cabe aqui apontar parte do debate entabulado nos *Procès-verbaux* nesse sentido. Argumentando sobre a restrição que deveria assumir o projeto de Corte, Root pontua a existência de tratados arbitrais assinados pelos Estados Unidos que submetiam todos os litígios à arbitragem que não foram posteriormente ratificados pelo Congresso porque o vinculava de maneira muito ampla, concedendo um poder discricionário muito grande dos árbitros. Root afirma ainda que qualquer se coisa que fosse realizada nesse sentido, os Estados Unidos não fariam parte (PROCÈS-VERBAUX, 1920, 309). Em contraposição, o estudioso de arbitragem internacional Lapradelle diz que os acordos arbitrais dos EUA não funcionaram porque eram parte de uma política americana de nacionalismo, a Doutrina Monroe. Mordaz, ainda aguilhoa: “A Europa desconhecia isso. Não se deveria render-se aos nacionalismo” (PROCÈS-VERBAUX, 1920, p.314).

acreditava que os medos do delegado americano eram infundados¹⁶⁵. Para Loder, a Corte “possui justamente o dever de desenvolver o direito, de fazer ‘amadurecer’ os costumes e os princípios universalmente reconhecidos, e cristalizá-los em regras positivas; em uma palavra, de estabelecer uma jurisprudência internacional”¹⁶⁶.

O argumento de Loder não analisa diretamente o papel que as decisões judiciais devem desempenhar no artigo 35, no rol de direito aplicável, mas oferece uma visão do papel que alguns dos delegados concebiam à Corte e da necessidade de produção de um corpo de decisões. Em igual sentido, o norueguês Hagerup afirma que a Corte possui a tarefa de desenvolver a jurisprudência¹⁶⁷.

Em discurso defendendo sua proposta, Descamps é categórico ao afirmar que “não permitir que o juiz faça uso de uma jurisprudência internacional existente como meio de definir o direito das nações é, em minha opinião, privá-lo de uma de suas mais preciosas fontes”¹⁶⁸. Entretanto, a refração a considerá-la como uma fonte aplicável aos casos da Corte nascente parece vencer.

Outro assunto relativo às normas aplicáveis pela Corte que anima as discussões que é em que lugar inserir a “doutrina” como fonte, ou seja, os escritos dos autores. Mais uma vez aqui se reacendem os ânimos, mas existe uma convergência quanto ao caráter secundário que a doutrina assume.

O delegado italiano, Ricci-Busatti, encontra então um meio termo razoável para conciliar os interesses. Ricci-Busatti admite a necessidade de levar a jurisprudência e doutrina em consideração, mas pensa que é inadmissível colocá-las no mesmo nível que as regras positivas¹⁶⁹. Para ele, a doutrina e jurisprudência não criam direito, mas auxiliam na determinação das regras que já existem. Segundo Ricci-Busatti, um juiz pode utilizar seja doutrina, seja jurisprudência, mas elas servem apenas para elucidação¹⁷⁰.

¹⁶⁵ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 294.

¹⁶⁶ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 294.

¹⁶⁷ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 309.

¹⁶⁸ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p.322-323. Do original: “*Ce serait encore, a mon sens, priver le juge d'un de ses auxiliaires les plus précieux que de ne pas le convier à faire appel à la jurisprudence internationale existante, en tant qu'instrument de précision du droit des gens*”.

¹⁶⁹ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 334.

¹⁷⁰ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 336.

Para Lapradelle, a jurisprudência é mais importante que a doutrina, vez que os juízes ao pronunciar suas sentenças possuem uma finalidade prática¹⁷¹. Contudo, o comitê parece ter encontrado a fórmula satisfatória, ou menos danosa àquela específica discussão. Na última reunião sobre a questão, a décima quinta, Root e Philimore oferecem um novo esboço para o item 4. Segundo os saxões, a Corte aplicará “a autoridade das decisões judiciais e as opiniões dos escritores como meio para a aplicação e o desenvolvimento do direito”¹⁷².

O assunto então passa adiante tido como superado. Inicia-se a discussão de procedimento e os membros do Comitê não retomam a posição dada à jurisprudência no estatuto da Corte. No vigésimo sétimo encontro, já revisando o estatuto, volta-se a analisar o artigo 35 e o barão Descamps sugere que o termo "como meio subsidiar para determinação das regras de direito"¹⁷³ seja inserido no trecho acoplado às decisões judiciais e à doutrina. Philipmore mais uma vez insiste que “as decisões judiciárias constataam, mas não criam o direito”¹⁷⁴.

É Descamps, portanto, quem define e dá ênfase ao caráter auxiliar e subsidiar que será desempenhado pela doutrina e pela jurisprudência. Descamps o fizera buscando atingir um consenso entre os membros do Comitê, assim como o fizera antes, cedendo de seu posicionamento inicial¹⁷⁵.

Numa última tentativa, o francês Lapradelle afirma que prefere que o artigo 4 seja suprimido. Segundo ele, “leis, costume e princípios do direito internacional não podem ser aplicados sem se fazer referência à doutrina e a jurisprudência”¹⁷⁶. Mesmo com as últimas objeções de Lapradelle, o artigo vem aprovado. A versão final do Comitê de Juristas ficou assim esquadrinhada:

Art. 35:

The Court shall, within the limits of its competence as defined in Article 34, apply in the following order:

¹⁷¹ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 336.

¹⁷² PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 344.

¹⁷³ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 584.

¹⁷⁴ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 584.

¹⁷⁵ O Presidente dá ênfase ao caráter auxiliar dos elementos listados no número 4, como elementos de interpretação. PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 334.

¹⁷⁶ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 584.

1. international conventions, general and special, establishing rules expressly recognised by the contesting States;
2. international custom, being the recognition of a general practice, accepted as law;
3. the general principles of law recognised in civilised nations;
4. judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, being subsidiary means for the definition of rules of law¹⁷⁷.

Pode-se perguntar se os homens de 1920 ao escrever o modelo de estatuto tinham em mente as decisões do direito nacional como fontes ao esculpir o artigo tendo como base a ideia de "*judicial decisions*". A hipótese principal é de que não, que os membros da Comissão tinham em mente as decisões da própria jurisprudência da Corte. Contudo, outras hipóteses podem ser aventadas, como é o caso de decisões arbitrais e, ainda, as decisões judiciais internas dos Estados. Como afirmava Bonfils em 1914, “para cada nação, as sentenças de seus juízes possuem naturalmente uma grande autoridade”¹⁷⁸. Ao se realizar uma analogia, a frase utilizada por Philipmore de que “os princípios que formam a base do direito nacional são também fonte do direito nacional”, uma aproximação da autoridade destas decisões também pode ser arguida.

De todo modo, vence a fórmula reducionista de relegar a jurisprudência ao mesmo patamar que os escritos dos internacionalistas “mais qualificados”. Vence o papel de utilizar as decisões anteriormente

¹⁷⁷PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 730. E na versão francesa: “*Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique en ordre successif:*

1. *les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;*
2. *la coutume internationale, attestation d'une pratique commune, acceptée comme loi;*
3. *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;*
4. *les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes Nations, comme moyens auxiliaires de la détermination des règles de droit.*”

¹⁷⁸ BONFILS, 1914, p. 29. Do original: “Pour chaque nation, les sentences de ces juges ont naturellement une grande autorité”.

emitidas pelos órgãos jurisdicionais como uma maneira subsidiar de definir o conteúdo de uma norma de direito internacional. O papel da jurisprudência vem ainda mais diminuído ao se pensar na versão francesa do estatuto que claramente propunha uma “*ordre successif*”, oferecendo uma ideia de preponderância de determinadas em relação a outras.

Com o esboço de art. 35 acima exposto o Comitê de Juristas de 1920 terminava seu trabalho, inculcando definitivamente a maneira pela qual a nascente Corte se veria limitada nos litígios a si submetidos. Era necessário, então, antes da aprovação final do estatuto, a passagem pela Assembleia e pelo Conselho da Liga das Nações, órgãos essencialmente políticos que dariam ou não seu aval com as posições arquitetadas pelos juristas, e é também nesses órgãos que o artigo 35 do Comitê de Juristas se define como artigo 38 para a posteridade, ante as alterações por eles realizadas. Na Assembleia da Liga das Nações a ideia de “ordem sucessiva” vem reprimida¹⁷⁹, apagando qualquer discussão que surgisse a esse respeito. Segundo Akehurst, não é claro se este eliminar “foi inspirado por um sentimento que a ideia contida nas palavras era errada, ou se essa ideia era tão óbvia que não era necessário nela permanecer”¹⁸⁰.

A cargo do Conselho da Liga das Nações ficou a edição do item “4”, inserindo o termo “sujeito às disposições do artigo 59”¹⁸¹ a aplicação da doutrina e da jurisprudência. É a dicção do artigo 59: “A decisão da Corte é obrigatória somente às partes em litígio e no caso que foi decidido”¹⁸². Coube, portanto, ao órgão político e dominado pelas grandes potências balizar a última importante limitação do alcance da jurisprudência da Corte.

¹⁷⁹ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 338.

¹⁸⁰ AKEHURTS, 1975, p. 274. Do original: “*The words en ordre successif were deleted by the Sub-Commission of the Third Committee of the First Assembly of the League of Nations, but it is not clear whether the deletion was inspired by a feeling that the idea contained in the words was wrong, or that the idea was so obviously right as not to need stating*”

¹⁸¹ HUDSON, Manley O. **The Permanent Court of International Justice 1920-1942**. New York: The Macmillan Company, 1943, p. 195.

¹⁸² Do original, em inglês e francês: “*The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case*”; “*La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.*”

Qual é o significado da inserção deste artigo por parte do Conselho? Para Pellet, a referência ao artigo 59 “soa como um aviso: a Corte não está obrigada pela regra do *common law* do *stare decisis*”¹⁸³, mesmo se alguns juízes de origem anglo-saxã pareçam ter de alguma maneira ignorado esta indicação”¹⁸⁴. A inserção da limitação ao artigo 59 não é senão o reiterar daquele receio expressado por Root e Philipmore de que a corte “não poderia legislar”. E mesmo assim, mesmo se ultrapassasse seus limites a depender do caso, não poderia utilizar aquilo que por ela já fora decidido para fundamentar exclusivamente uma determinada decisão.

Entretanto, já em 1928, interpretações diversas quanto ao artigo 58 começavam a despontar dentro da ciência jurídica internacional. Em artigo publicado naquele ano, Manley O. Hudson (posteriormente juiz¹⁸⁵ da CPJI) advogava:

Não obstante a provisão dada pelo artigo 59 do Estatuto - que ‘a decisão da Corte só terá força entre as partes e em respeito ao caso particular’ - o produto da corte até a presente data possui um largo grau de continuidade e sistema, e o Artigo 59 não pode ser tomado como uma negatificação a aplicação da doutrina Anglo-Americana do *stare decisis*¹⁸⁶.

¹⁸³ A doutrina do *stare decisis* (que no latim significa “deixar as coisas como decididas) é um dos basilares pilares que estruturam o sistema anglo-saxão do *common law* e que estabelece uma direta ligação de obrigatoriedade entre os precedentes. Segundo o Black’s Law Dictionary, a *stare decisis* é “*Política de Cortes de vincular-se por um precedente e não perturbar um ponto decidido. Doutrina que estabelece que, quando uma Corte tenha formulado um princípio de direito como aplicável a certo estado de fatos, este irá aderir ao princípio, e o princípio será aplicado em todos os casos futuros em que os fatos sejam substancialmente os mesmos*” (BLACK, 1958, p.1577).

¹⁸⁴ PELLET, 2006, p. 784. Do original: “*The reference to Art. 59 of the Statute in para. 1 (d) of Art. 38 sounds like a warning: the Court is not bound by the common law rule of stare decisis, even if some judges of Anglo-Saxon origin seem to have somewhat ignored this guideline*”.

¹⁸⁵ Manley O. Hudson foi o juiz americano de 1936 a 1942.

¹⁸⁶ HUDSON, Manley O. The Development of International Law since the War. **The American Journal of International Law**, v. 22, n. 2, p. 330-350, 1928, p. 347. Do original: “*In spite of the provision in Article 59 of its Statute-that " the decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case "-the output of the court to date possesses a large*

Ainda que a referência ao artigo 59 possa ser mitigada ou flexibilizada no que tange ao uso do precedente, o artigo 38 permanece sendo um dispositivo reducionista em relação às fontes jurídicas, sobretudo pelo segundo plano em que relega jurisprudência e doutrina. Pronúncia positivada acerca de um assunto tão caro aos estudiosos do direito internacional, como é o caso das fontes do direito internacional, consequentemente angariou defensores e desafetos.

Revisitando e comentando o estatuto da Corte em 1934, Berthold Stauffenberg é categórico ao alinhar-se aos membros do Comitê que relegaram um papel interpretativo à jurisprudência. Nas palavras do alemão, “deve-se admitir a necessidade de levar em consideração a jurisprudência e a doutrina, mas é inadmissível colocá-las no mesmo plano que as regras positivas de direito”¹⁸⁷. Desse modo, Stauffenberg assevera o posicionamento que a doutrina e a jurisprudência não criam as regras, elas concorrem à determinação das regras existentes¹⁸⁸.

De igual modo, Hans Kelsen, em seus *Princípios de Direito Internacional* de 1952, deixa claro que não se tratam de normas de Direito internacional aquelas dispostas no item (d) do artigo 38. Segundo o austríaco, estabelece apenas “um princípio de interpretação”¹⁸⁹. Kelsen é bastante explícito ao afirmar que “uma decisão da Corte não pode ter o caráter de precedente”¹⁹⁰, demonstrando a interpretação que a ciência jurídica posterior possuía em relação ao Estatuto. Ainda que afirme que “para além dos costumes e tratados, as decisões dos organismos internacionais, especialmente de julgamentos de tribunais internacionais, são as fontes do Direito Internacional”¹⁹¹, Kelsen pontua que a norma que é criada na resolução do litígio no caso concreto só possui efeito para as partes¹⁹², numa pura exegese do artigo 59 do Estatuto.

degree of continuity and system, and Article 59 cannot be taken to have negated an application of our Anglo-American doctrine of stare decisis”

¹⁸⁷ STAUFFENBERG, Berthold Schenk von. **Statut et règlement de la Cour permanente de Justice internationale**: Eléments d'interprétation. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1934, p. 277.

¹⁸⁸ STAUFFENBERG, 1934, p. 277.

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 483.

¹⁹⁰ KELSEN, 2010, p.483.

¹⁹¹ KELSEN, 2010, p. 449.

¹⁹² KELSEN, 2010, p. 449.

Seguindo por outra linha de pensar, Georges Scelle, em seu célebre ensaio sobre as fontes do direito internacional de 1934, 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”¹⁹³. Contudo, nem por isso Georges Scelle é menos feroz em suas críticas à composição do artigo 38, que alinha de “político” e “cientificamente criticável”¹⁹⁴.

Isto porque, ainda segundo Scelle, o artigo se apresenta como um mero “compromisso entre as exigências da técnica jurídica e as possibilidades das relações inter-governamentais”¹⁹⁵. A expressão compromisso vem aqui empregada por Scelle no sentido de “acordo”, um acordo no qual os juristas - homens de ciência e que se dedicavam ao estudo do direito internacional - se colocam no mesmo patamar que os representantes dos governos e das potências. De igual maneira, em relação à própria dinâmica concedida às fontes jurídicas, Scelle pontua:

A assimilação da doutrina e da jurisprudência é, portanto, viciosa, do ponto de vista da técnica jurídica, vez que ela recusa aos juízes um dos seus atributos essenciais da função jurisdicional e os impede de desempenhar seu papel regulador e estabilizador do ordenamento jurídico¹⁹⁶

Desnecessário dizer que Georges Scelle é um dos defensores árdios do importante papel que a jurisprudência tem a desempenhar no âmbito do direito internacional e faz parte daquele grupo de juristas que

¹⁹³ 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*”. (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**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934. (Tome III, p. 427));

¹⁹⁴ SCELLE, 1934, p. 411.

¹⁹⁵ SCELLE, 1934, p. 411. Do original: “*Nous croyons que ce texte de droit positif, dont l'élaboration a été fortement influencée par des préoccupations d'ordre politique, est scientifiquement critiquable. Il se présente comme un compromis entre les exigences de la technique juridique et les possibilités des relations inter-gouvernementales.*”

¹⁹⁶ SCELLE, 1934, 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*”.

ansiava uma Corte também pelo papel que uma jurisprudência poderia desempenhar dentro do âmbito do ordenamento jurídico dos Estados. Para estes pensadores, os trabalhos de 1920 representaram mais um retrocesso no plano científico do direito internacional, uma oportunidade perdida para reconhecer a autoridade de uma fonte que já demonstrava sua importância dentro na prática da resolução pacífica de litígios entre os Estados.

Em defesa dos homens de 1920, é importante realizar um delineamento que somente as tintas da história podem matizar. Hoje a visão de uma Corte Permanente é bastante factível e palatável aos internacionalistas que conhecem as dimensões, limites e contornos que uma jurisdição permanente pode assumir. Em 1920 o Comitê de Juristas estava realizando a obra que não logrou sucesso em 1907: criava-se uma corte permanente de árbitros. Não se tinha ideia de um juiz internacional. Eram árbitros a assumirem tal posto e as propostas submetidas à comissão de juristas isso bem demonstra.

Ainda que se advogasse a permanência e o profissionalismo destes homens que comporiam a Corte, sobretudo ante o papel científico e jurídico que desempenhavam dentro de seus Estados¹⁹⁷, os juízes que conheciam o direito internacional emergiam dentro de uma arraigada lógica arbitral presente nas relações internacionais. Não podiam negligenciar – e não negligenciaram – o corpo de decisões arbitrais que às suas costas compunha o direito internacional.

Esta mentalidade se fez também presente nos diplomatas que faziam parte do Conselho. Todas as limitações possíveis aos poderes daquela Corte nascente seriam bem vindas para impedir, em primeiro lugar, seu excesso de poderes e, ao mesmo tempo, assegurar a sua existência e bom funcionamento dentro da comunidade internacional.

Ademais, outro argumento que pode ser aventado é aquele que advoga que a interpretação posterior das decisões exaradas pelos magistrados podem, a depender da formação dos juristas e suas pré-compreensões do fenômeno jurídico, possuir versões diametralmente

¹⁹⁷ O Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, em seu artigo 2º, assim estabelecia: “*La Cour permanente de Justice internationale est un corps de magistrats indépendants, élus, sans égard à leur nationalité, parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leur pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international*”.

opostas. Nesse sentido, o panorama traçado por Ole Spiermann sobre o perfil de um juiz internacional é bastante clarividente:

Eles possuem panos de fundo marcadamente diferentes, não limitados às divisões entre juízes dos sistemas do civil law e juízes dos sistemas do common law. Existiam juízes com uma prévia carreira no direito internacional e juízes cujas experiências passadas pertenciam ao direito nacional, diplomacia ou política; juízes que acreditavam na ideia de uma *société des nations* e juízes que remanesciam céticos; juízes que eram favoravelmente simpáticos às Grandes Potências e juízes que davam ênfase ao primado do direito (ou ao direito internacional)¹⁹⁸.

Dáí a necessidade de criar amarras jurídicas sólidas para que a atividade da Corte viesse restringida, que essa colcha de retalhos de formações diversas ao analisar o direito internacional não tivesse um duplo poder. O primeiro de, ao decidir, estatuir uma norma – ou o interpretar similar de uma norma – para todos. O segundo de, ao decidir, utilizar uma decisão anterior como norma, conferindo-lhe uma dupla autoridade (presente e futura).

Contudo, se pudessem efetivamente prever, os membros do Comitê e do Conselho teriam sido mais restritivos nas palavras escolhidas para erigir a Corte. Como aponta Manley Hudson, a Corte desenvolveu alguns princípios em apenas seis anos de julgamentos, sobretudo na temática de interpretação de tratados¹⁹⁹. Ou nas palavras de Alain Pellet “enquanto a doutrina possui um discreto (mas provavelmente eficiente) papel para este fim, o uso da jurisprudência

¹⁹⁸ SPIERMANN, 2005, p.26. Do original: “*They had markedly different backgrounds, not limited to the divisions between judges from civil law systems and judges from common law systems. There were judges with a previous career in international law and judges whose past experiences belonged to national law, diplomacy or politics; judges who believed in the idea of a *société des nations* and judges who remained sceptical; judges who were favourably disposed towards the Great Powers and judges who laid emphasis on the rule of law (or of international law).*”

¹⁹⁹ HUDSON, 1928, p.346.

pela Corte vai, de fato, muito além do que a expressão ‘meio auxiliar’ implica”²⁰⁰.

De todo modo, a indicação que os debates no Comitê de Juristas responsáveis por elaborar o Estatuto da Corte sobre o peso das decisões judiciais é bastante claro – embora consiga ser eufêmico – ao não elencá-las como uma fonte de direito que possa ser utilizada pela Corte.

Ao fazer esta pontual escolha, esta escolha redutora, “política”, e “não científica”, os membros do Comitê (ainda com a arbitragem em mente) davam um passo avante na institucionalização de uma justiça internacional, ao mesmo tempo que se abraçavam à velha concepção arbitral, impediam a criação de uma jurisprudência. Neste paradoxo, entre arbitragem e adjudicação, a arbitragem foi abraçada pelo Comitê por conveniência ao *status quo* vigente, por conveniência à vontade das Potências.

A escolha dos homens de 1920 de relegar às decisões judiciais um papel meramente interpretativo e limitado pela arquitetura dos artigos 38 e 59 foi o preço histórico que a jurisprudência teve de pagar para sua inserção no rol de fontes aplicáveis dentro do Estatuto e, talvez, para que uma Corte nascesse.

²⁰⁰ PELLET, 2006, p.784. Do original: “*However, concretely, they can certainly not be assimilated; while the doctrine has a discreet (but probably efficient) role to that end, the use of the jurisprudence by the Court goes, in fact, far beyond what the expression 'auxiliary means' implies*”.

3 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO FONTES E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL.

Delimitadas os problemas históricos do problema, verificam-se no transcurso do século XX importantes alterações da comunidade internacional e, por consequência, de seu ordenamento jurídico. O primeiro órgão jurisdicional permanente de caráter não arbitral inaugura uma das novas características da jurisdição internacional, ou, nas palavras do francês Nicolas Politis, uma das “novas tendências”²⁰¹ do direito internacional.

A existência deste novo organismo coloca alguns problemas de ordem teórica que somente a formação de uma jurisprudência internacional está apta a fornecer ou, de maneira distinta, de recolocar. Mas a palavra “jurisprudência” é uma palavra forte para ser utilizada no contexto internacional. É forte exatamente pelo fato que pressupõe uma coerência e uma voz uníssona que, em verdade, não se encontra na esfera internacional. É exatamente com base nesse corpo de decisões que não necessariamente dialogam entre si é que autores divergem tentando formular respostas ao essencial problema: as decisões judiciais são, afinal, fontes do ordenamento?

A proposta deste capítulo é a análise das tentativas de resposta a este questionamento. Servirá para delinear, posteriormente, as vozes que teorizam possíveis linhas de pensar para as decisões da Corte na atualidade e verificar, de maneira coerente, o uso autoritativo das decisões judiciais na criação e desenvolvimento do direito internacional.

Deste modo, parte-se da análise das próprias transfigurações intestinas à comunidade internacional e de que maneira estas ecoam no sistema de fontes do ordenamento. Ainda que se tenha passado superficialmente pelo antigo sistema de fontes clássicas no primeiro capítulo – essencialmente calcado na exclusividade estatal de produção normativa – retoma-se aqui alguns importantes desta discussão e de que maneira esta posição se flexibilizou. Após verificar esta flexibilização e a forma como ocorreu, passa-se à compreensão do profundo e fértil debate acerca do papel que assumem as decisões judiciais no âmbito do sistema de fontes jurídicas internacionais.

Neste contexto, o debate anteriormente visitado acerca da importância do artigo 38 é retomado tentando compreender-lhe a

²⁰¹ POLITIS, Nicolas. **Les Nouvelles Tendances du Droit International**. Paris: Librairie Hachette, 1927.

dimensão atual em conjunto com outra importante norma que é aquela que brevê a limitação da coisa julgada internacional, qual seja, o artigo 59 do Estatuto da Corte. A exegese destes dois dispositivos são normas que criam uma diretriz para a interpretação da Corte mas que, como toda norma jurídica, é suscetível à elasticidade do hermeneuta que lhe confere um significado que acompanha as próprias modificações da sociedade e da mentalidade daqueles que a compõem.

Uma vez efetuada a proposta, buscar-se-á um arcabouço a teorização acerca do fenômeno do uso das decisões judiciais internacionais por parte da Corte Internacional de Justiça, o qual vem situado num contexto de flexibilização do sistema de fontes do direito internacional. Um dos principais autores – senão o principal – a fornecer tal construção doutrinal foi Hersch Lauterpacht (1897-1960) em sua obra “O desenvolvimento do direito internacional pela Corte Internacional”. O núcleo desta teoria será também analisado neste capítulo, a fim de fornecer embasamento teórico às discussões posteriores solevadas neste trabalho acerca do uso autoritativo das decisões judiciais da Corte Internacional de Justiça.

Cumprindo tal itinerário, este capítulo focar-se-á em construir o pano de fundo das discussões doutrinárias que circunscrevem o problema e examinará as possíveis linhas teóricas que fornecem uma resposta ao problema do lugar ocupado no ordenamento pelas decisões judiciais.

3.1 A FLEXIBILIZAÇÃO DA DOCTRINA CLÁSSICA DE FONTES E OS ARTIGOS 38 E 59 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.

Uma das principais conclusões que se pode extrair do exame do processo de construção de uma jurisdição internacional permanente, dos delineamentos do artigo 38 do Estatuto da CPJI e do modelo arbitral imediatamente anterior é que a escolha das normas aplicáveis pelo órgão jurisdicional está diretamente relacionada à concepção de fontes normativas vigente num determinado momento histórico do ordenamento jurídico da Comunidade Internacional. Como evidenciado anteriormente, a doutrina clássica das fontes do direito internacional – e aqui se faz referência às construções de Anzilotti e Oppenheim – enraíza suas bases na ideia das normas convencionais e costumeiras como as normas bases do ordenamento, o que restou cristalizado no rol inscrito no artigo 38. Contudo, ao longo do século XX uma série de

transformações ocorridas no seio da comunidade internacional relativizou esta concepção.

Antes de se verificar quais as razões e os resultados dessa flexibilização, necessário pontuar algumas questões que tocam diretamente esta análise. Levando em consideração a afirmação de Roberto Ago de que a Comunidade internacional é uma coletividade completamente não institucionalizada²⁰², desta afirmação depreende-se que exatamente em virtude da reconhecida ausência de poder centralizador e hierarquizado na Comunidade Internacional, a produção normativa distingue-se diametralmente daquela realizada no âmbito do sistema estatal. Se no passado a doutrina essencialmente calcada num positivismo voluntarista enxergava os processos de produção normativa balizados em duas fontes essenciais, no decorrer do século autores de outras linhas teóricas forneceram alternativas a essa construção, ao mesmo tempo em que a Comunidade Internacional passava por profundas alterações que permitiram tais alterações.

A primeira constatação que deve ser realizada é exatamente a não uniformidade doutrinal acerca do fenômeno de formação de normas no interior da Comunidade, exatamente porque é a doutrina, a ciência do direito internacional²⁰³ que fornecerá respostas e criar uma teoria de fontes. Tal fato se dá exatamente porque a concepção de fonte de um determinado autor influencia diretamente na sua própria concepção de fundamento do direito internacional. Significa dizer que a maneira como um autor enxerga a origem do fenômeno jurídico internacional (seja sobre um viés positivista, normativista, antiformalista, entre outras possíveis respostas teóricas ao fenômeno) influenciará diretamente em sua concepção de produção normativa e desenvolvimento de normas. Como aponta Kammerhofer, “direito internacional não possui uma teoria, ideologia ou hipótese dominante, nem mesmo uma cultura jurídica dominante. Esta é, talvez, a mais condenatória de todas as razões e é certamente responsável pelo alto grau de discordância acadêmica”²⁰⁴. A consequência lógica desta ausência de teoria

²⁰² AGO, 2002, p.24.

²⁰³ Segundo Roberto Ago (2002, p.14), “a ciência do direito internacional é aquele ramo da ciência jurídica que precisamente se propõe a conhecer e descrever o fenômeno jurídico do modo como ele se manifesta no âmbito daquela coletividade que vem chamada de Comunidade internacional”.

²⁰⁴ KAMMERHOFER, Jörg. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. **European Journal of International Law**, v. 15, n. 3, 2004, p. 552.

dominante é possibilidade de encontrar distintas concepções convivendo num determinado momento histórico analisando distintamente o mesmo fenômeno e, por conseguinte, o sistema de fontes.

Deste modo, a pluralidade de respostas que visam explicar as origens de um fenômeno jurídico distinto influi diretamente nas concepções doutrinárias relativas ao uso de fonte pela Corte. Afinal, como aponta Virally, "o problema da formação do direito é essencial para toda ordem jurídica, vez que se trata da constituição de sua própria substância"²⁰⁵. E a discussão sobre as fontes do direito internacional comporta um elevado grau de incerteza e principalmente dissonâncias porque pressupõe todo o sistema axiológico de referências de cada autor bem como as escolhas fundamentais que fazem ao elaborar uma sistematização para determinado fenômeno jurídico. Ante esse problema, buscar-se-á não o consenso dessas vozes dissonantes mas sim perceber em sua análise a existência de uma flexibilização dos critérios que elegem as fontes enquanto mananciais de juridicidade do ordenamento.

Um segundo problema que pode se verificar ao se adentrar no debate é exatamente as distintas concepções que o termo "fonte" pode assumir na obra dos autores. Como aponta Pellet, Dailler e Dihn existe um duplo emprego de seu termo, seja enquanto normas dotadas de autoridade, seja enquanto processos de produção jurídico. São as palavras dos autores:

A confusão entre norma e fonte é tanto mais frequente quanto é certo ser alimentada pelo vocabulário. Por uma simplificação abusiva mas cômoda, a mesma palavra ou a mesma expressão pode visar simultaneamente uma fonte e as normas que delas provêm: é o caso dos 'princípios gerais do direito' ou do 'costume'.²⁰⁶

Ainda que a discussão entre as diferenciações semânticas e suas consequências seja de grande valia à teoria do direito internacional²⁰⁷, tal debate não é fundamental ao presente estudo, embora mereça o apontamento. Utiliza-se o termo "fonte" aqui não para definir a exatidão do termo, mas sim para demonstrar a flexibilização do próprio conceito

²⁰⁵ VIRALLY, 1986, p. 167.

²⁰⁶ DIHN; DAILLER; PELLET; 2003, p.116.

²⁰⁷ Nesse sentido, pode-se citar DEGAN, V. D. **Sources of International Law**. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp.1-8.

ao longo do século XX e a inserção de um novo elemento no debate ante a criação de uma Corte permanente emitindo decisões: a ideia de desenvolvimento do direito internacional por parte dessa Corte, especificamente através do uso dos precedentes conferindo a estes autoridade.

No início do século, uma metáfora bastante lúcida dominou a exemplificação de fontes do direito internacional: a metáfora do curso de água²⁰⁸. Segundo os escritores que se debruçavam sobre a temática de fontes do direito internacional, o curso de água é algo que se pode ver, é concreto, é nítido. Seguindo-o se chegará até o lugar em que ele nasce; estaria aí a fonte do direito internacional, a origem da normatividade que o curso de água representa. Esta concepção de fonte enxerga a conceituação de fonte do direito internacional relacionada à origem de normatividade, ou seja, do ponto de origem das demais normas que compõem o ordenamento.

Em seu ensaio de 1934, George Scelle utiliza da mesma metáfora que os escritores do início do século, com o escopo de diferenciar as fontes formais das fontes materiais. Segundo Scelle, “a fonte não é a origem da água; ela é sua manifestação exterior, o fato por si e probatório, o elemento captável e utilizável”²⁰⁹. Para Scelle existem outros fatores como a pluviosidade, a pressão, a qualidade do solo, que irão influir na formação do curso d’água. Seriam essas, portanto, as fontes materiais do direito internacional, em contraposição às fontes formais, verificáveis e captáveis, do direito internacional. Mais uma vez fazendo alusão à construção de Pellet, pode-se aqui referenciar o autor a fim de realizar uma distinção entre estas normas:

As fontes formais do direito são os processos de elaboração do direito, as diversas técnicas que autorizam a considerar que uma regra pertence ao direito positivo. As fontes materiais constituem os fundamentos sociológicos das normas internacionais; a sua base política, moral ou econômica mais ou menos explicitada pela doutrina ou pelos sujeitos de direito²¹⁰.

²⁰⁸ OPPENHEIM, 1905, p. 21.

²⁰⁹ SCELLE, 1934, p. 400. Do original: “*La source n'est pas l'origine de l'eau; elle est sa manifestation extérieure, le fait perçu et probant, l'élément captable et utilisable*”.

²¹⁰ DIHN; DAILLER; PELLET; 2003, P. 113.

Contudo, para Ian Brownlie, o termo “fontes formais” não existe no âmbito do direito internacional, sendo em verdade como equivalente o princípio geral de que o consenso entre os Estados cria regras de aplicação geral²¹¹. Para Brownlie “no contexto das relações internacionais o uso do termo ‘fonte formal’ é inadequado e enganoso levando o leitor a colocar seu raciocínio na máquina constitucional de produção de direito que existe no interior dos Estados”²¹². Nesse sentido escreveu Ricardo Monaco, identificando na construção acerca das fontes do direito internacional o perigoso exercício do qual os internacionalistas devem sempre se afastar: a tentativa de comparação com o modelo estatal de ordenamento. Segundo o autor, a teoria clássica das ‘fontes’ do Direito Internacional, além de repousar em uma analogia inadequada com as fontes de criação dos ordenamentos jurídicos internos, não reflete a complexidade do processo de formação do Direito Internacional contemporâneo, devido em parte à própria expansão da comunidade internacional²¹³.

A construção destes dois autores aponta, portanto, a complexidade do fenômeno de produção normativa vivenciado no âmbito deste ordenamento e a flexibilização da teoria clássica. Esta flexibilização se dá exatamente ante a mutação das analogias com os fenômenos estatais. Como apontado anteriormente, a norma positiva e a norma costumeira dão lugar a outros fatores de produção de regras observadas pelos sujeitos do ordenamento.

O fenômeno de flexibilização de fontes do direito internacional é um fenômeno inerente às múltiplas transformações sofridas na comunidade internacional durante o século XX, sendo, pois, dele diretamente tributário. Existe um conjunto de fatores que influem diretamente na concepção de fontes do direito internacional. Estes fatores são elementos catalizadores de transformação em todo ordenamento jurídico, em toda a dinâmica jurídica das relações entre os sujeitos deste determinado ordenamento.

²¹¹ BROWNLIE, 1998, p. 2.

²¹² BROWNLIE, 1998, p. 1. Do original: “*In the context of international relations the use of the term ‘formal source’ is awkward and misleading since the reader is put in mind of the constitutional machinery of law-making which exists within states*”

²¹³ MONACO, 2002, p.517-518.

Pode-se citar, a título exemplificativo, o surgimento e a multiplicação de organizações internacionais²¹⁴, o aumento do número de Estados no seio da comunidade internacional, sobretudo após o intitulado fenômeno da descolonização, o aumento do multilateralismo, a expansão das áreas reguladas pelo direito internacional²¹⁵, o fenômeno da codificação²¹⁶, a fragmentação da subjetividade jurídica do Estado²¹⁷, a incorporação dos direitos humanos ao núcleo teórico do direito internacional²¹⁸, entre outros. Conforme Julio Barberis, “estas mudanças permanentes na vida internacional e o desenvolvimento da teoria do

²¹⁴ Nesse sentido, ver VELAZCO, Manuel. **Diez de. Las Organizaciones Internacionales**. Madrid: Editora Tecnos, 2006.

²¹⁵ A Comunidade Internacional durante o século XX passou por um significativo aumento das áreas reguladas e objeto de regulamentação internacional. Campos como o direito penal internacional, direito internacional dos direitos humanos, cooperação em relação a direito público e privada, direito ambiental são objetos de tratados, convenções e alvo de organizações internacionais que permitem um aumento das temáticas abraçadas pelo ordenamento.

²¹⁶ Iniciado desde o início do século, como aponta Charles de Visscher, (VISSCHER, Charles de. La codification du droit international. **Recueil des cours**, v. 6, 1925, p. 325-455), o processo de codificação do internacional é uma realidade de positivação das normas costumeiras que se realiza em diversas instâncias internacionais, sobretudo no seio de organizações internacionais ou órgãos especializados para realizar tal ato, como a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. Segundo CANNIZZARO, Enzo. **Diritto Internazionale**. Torino: G. Giappuchelli Editore, 2012., p. 218, “a codificação tem sobretudo o objetivo de reforçar a certeza do direito através da redação de textos normativos que recebam a norma não escrita”. Para mais, ver DAUDET, Yves. Actualités de la codification du droit international. **Recueil des cours**, v. 303, 2003, pp. 9-118. Sobre o papel da Comissão de Direito Internacional: BRIGGS, Herbert W. Reflections on the codification of international law by the International Law Commission and by other agencies. **Recueil des cours**, v. 126, 1969, pp. 233-316.

²¹⁷ Nesse sentido ver DAL RI Jr., Arno. Às Sombras da Soberania: a condição jurídica de Estados Federados e Governos Infraestatais no Direito Internacional. In: DAL RI JUNIOR, Arno; MARQUES, Guilherme Bez; ARRUDA, Sônia Regina (Org.). **Santa Catarina nas Relações Internacionais**. Desafios da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina no Cenário Internacional'. Florianópolis: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina; Fundação José Boiteux, 2010, p. 17-67.

²¹⁸ COHEN, Harlan Grant. Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources. **Iowa Law Review**, v. 93, 2007, p.108.

Direito justificam que o jurista reexamine os conceitos clássicos do direito das gentes à luz destes novos conhecimentos”²¹⁹.

Todos estes fatores, de maneiras distintas e idiossincráticas, influenciaram para uma alteração no sistema de formação de normas jurídicas internacionais. Sob diversas óticas, utilizando-se diferentes paradigmas de análise a constatação de tal fenômeno é verificável. A título de exemplo, pode-se pensar na construção voluntarista, considerada a mais inflexível resposta teórica ao fenômeno jurídico internacional. Sob o dogma desta corrente doutrinária, a exclusividade da produção normativa encontra-se na vontade dos Estados e na recíproca pactuação de normas. Sendo maior o número de Estados através do fenômeno da descolonização, alterando-se o equilíbrio desta construção, necessariamente ocorrerá uma alteração nas normas que serão por eles criadas. Ao se considerar – ainda dentro da exemplificação voluntarista – que as organizações internacionais produzem normatividade através de uma delegação originária da vontade dos Estados, o proliferar destas instância (e de sua produção) culmina necessariamente num aumento de fontes de normas, ainda que encontrem repousadas originalmente na vontade estatal.

A multiplicação de instituições internacionais e possibilidades de processos de *lawmaking* permite que diversas especulações teóricas comecem a nascer, sejam relativas ao conflito de fontes, hierarquização de normas, a posição de normas como o *soft law* dentro do ordenamento jurídico, o reposicionamento do costume²²⁰ e, naturalmente, a interação entre o direito estatal e o direito internacional. Novos modelos paradigmáticos surgem no escopo de oferecer respostas teóricas a este movimento. A questão se agudiza quando se considera, *e.g.*, a consolidação de tribunais permanentes emitindo decisões e construindo uma jurisprudência autorreferencial.

²¹⁹ BARBERIS, 1982, p.4

²²⁰ Nesse sentido, pode-se citar KAMMERHOFER (2004, p. 551): “*There is considerable disagreement amongst international lawyers as to the scope and formation (and even existence) of customary international law. While no question of law is undisputed and while international law is especially notorious in this respect, debates on customary international law have been marked with a high degree of latitude in the ‘solutions’ proposed by scholars and judges*”.

Para Pierre-Marie Dupuy²²¹, este amplo fenômeno pode ser compreendido como uma “expansão” do direito internacional que vem assinalado por, ao menos, três características: a) um aumento das obrigações materiais como matérias do direito internacional em virtude do aumento da necessidade de cooperação internacional, sobretudo em áreas relativas a questões políticas, sociais, econômicas, científicas, técnicas e até mesmo relativas à direito criminal; b) uma multiplicação de atores atuantes na esfera internacional que partilham com o Estado o protagonismo da subjetividade jurídica internacional, desse modo criando normas para efetivar a cooperação entre Estados e atores não estatais que vão desde entidades políticas subnacionais até mesmo ONGs e partidos políticos; c) esforços para aperfeiçoar a eficiência das obrigações de direito internacional público através de novos e sofisticados instrumentos normativos sobretudo nos campos do direitos humanos, direito econômico, direito do comércio internacional e direito ambiental. O autor francês pontua que existe um aumento de redes de obrigações (*network of obligations*) nas quais os Estados se veem envolvidos e que se dissociam do modelo clássicos de normas meramente subscritas em tratados e verificadas no costume internacional. Segundo Dupuy:

No largo contexto de expansão da ordem legal internacional, parece perfeitamente normal que o desenvolvimento de novas redes de obrigações gerem ao mesmo momento novos corpos para controlar o cumprimento destas obrigações pelos Estados²²².

Os novos “corpos” indicados pelo autor francês não se tratam unicamente de órgãos internacionais jurisdicionais mas igualmente instituições como Comissões, Comitês, Institutos e Conselhos internacionais que, além de averiguar normas existentes acabam por produzi-las num orgânico movimento de interação. Palmilhando pela mesma linha de pensamento, Harlan Cohen, em seu ensaio propondo

²²¹ DUPUY, Pierre-Marie. The Danger of Fragmentation or Unification of International Legal System and the International Court of Justice. New York University **Journal of International Law & Politics**, n. 791, 1999., p.795.

²²² DUPUY, 1999, p.795. Do original: “*In the broad context of expansion of the international legal order, it seems perfectly normal that the development of new networks of obligations generates at the same time new bodies to control the fulfillment of these obligations by States*”.

“repensar as fontes do direito internacional”, afirma que nos anos recentes o direito internacional vem perpassado por uma série de transformações que desenvolvem sua teoria de base²²³. Questões como, por exemplo, a ascensão dos direitos humanos, a inserção da problemática ambiental na agenda internacional, um aumento na participação democrática dos processos de formação de norma remodelam a teoria jurídica do direito internacional, inclusive fazendo-se repensar o papel que os tratados assumem num panorama mais dinâmico.

O artigo 38 do Estatuto da Corte é um importante ponto de partida dentro da teoria de fontes ao longo do século XX²²⁴, sendo ele reconhecido como uma enumeração das fontes formais do direito internacional ou de suas fontes clássicas. Sendo uma das poucas normas internacionais positivas e multilaterais enumerando as normas aplicáveis de um tribunal, sua importância enquanto norma de referência se solidifica no decorrer do século XX. Interessante apontar que uma série de tratados arbitrais incorporou esta disposição num período imediatamente posterior à sua criação definindo a mesma enumeração de fontes como leis aplicáveis aos procedimentos arbitrais²²⁵, demonstrando, pois, a influência que tal texto obteria na ciência jurídica, enquanto norma *standard* de lei aplicável de um órgão jurisdicional internacional.

A importância do dispositivo vem redobrada a partir do advento da Organização das Nações Unidas (ONU) quando o Estatuto da Corte torna-se organicamente parte integrante da Carta (o que não acontecia no âmbito da Liga das Nações), bem como é conferida a Corte o status de “principal órgão judiciário das Nações Unidas”²²⁶. Desse modo, a enumeração de normas aplicáveis ao principal órgão julgador do sistema ONU não poderia deixar de ser possuir uma autoridade pronunciada ao se tratar das fontes do ordenamento.

Contudo, ante esse contexto de transformações que o direito internacional vem sofrendo ao longo do século XX já na década de 70, Charles Rousseau afirmava que a enumeração de fontes oferecida pelo

²²³ COHEN, 2007, p.108.

²²⁴ VAN HOOFF, G.J.H. **Rethinking the Sources of International Law**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, p. 80.

²²⁵ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public**. Tome I: Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970. p. 59.

²²⁶ Art. 92 da Carta da Organização das Nações Unidas.

artigo 38 do Estatuto da Corte não deveria ser aceito senão com sérias reservas²²⁷. Para Rousseau²²⁸ o artigo enquanto norte de fontes do direito internacional é limitado porque exclui de seu rol importantes fontes que à época eram atuais como os atos unilaterais dos Estados ou resoluções de organizações internacionais. Nessa linha de pensamento pode-se citar Cançado Trindade, um dos mais audazes críticos contemporâneos do sistema clássico do direito internacional:

Assim, a teoria clássica das ‘fontes’, refletida no artigo 38 do estatuto da CIJ, primeiro, não pode ter a pretensão de exaurir tais ‘fontes’ (jamais o lograria); segundo, deixa de distinguir entre as ‘fontes’ formais e a ‘fonte’ material do Direito Internacional; e terceiro, limita-se a enunciar meras diretrizes (não exaustivas) à CIJ, e o que faz de forma inevitavelmente imperfeita e adequada²²⁹.

Pode-se notar na crítica de Cançado Trindade uma interpretação bastante dissonante da grande maioria dos escritos a respeito do artigo 38²³⁰ ao considerar as disposições do artigo ‘meras diretrizes’ para o funcionamento da escolha da lei aplicável pela Corte. Porém, de todo modo, ela serve a exemplificar a possibilidade de uma ampla e diversificada hermenêutica quanto à rigidez dos dispositivos da Corte. Para o autor, a enumeração das fontes do artigo 38 é “inadequada e inconvincente”, havendo já insurgência a respeito da concepção “voluntarista-positivista que consideram subjacente à mesma”²³¹.

O posicionamento estribado por Cançado Trindade quanto à insuficiência da teoria clássica de fontes do direito internacional demonstra nitidamente a possibilidade de amplitude do espectro de opiniões relativas à rigidez do processo de formação de normas. Desse modo, a posição das decisões judiciais enquanto fontes do direito internacional também sofre relativização. Muito embora exista a expressa previsão de “subsidiariedade” das decisões judiciais no artigo

²²⁷ ROUSSEAU, 1970, p. 365

²²⁸ ROUSSEAU, 1970, p.365.

²²⁹ TRINDADE, 2006, p.229.

²³⁰ Nesse sentido ver PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMAN, A. TOMUSCHAT, N, Ch. and OELLERS-FRAHM, K. **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary**, Oxford UP, 2006, pp. 677-792.

²³¹ TRINDADE, 2006, p. 87.

38, (d), do Estatuto, não são poucos os autores que reconhecem um lugar de elevada importância às mesmas na dinâmica de formação de normas do direito internacional. Cabe rememorar o que enunciado por Waldock que

as referências a ‘decisões judiciais’ no parágrafo I (d), deve ser observado, é às decisões de tribunais arbitrais e judiciais no seu caráter de precedentes para estabelecer regras gerais, não nos casos de sentenças de julgamentos em que elas foram emitidas²³²

O fenômeno de flexibilização da teoria de fontes do direito internacional gera um importante desdobramento ao objetivo fundamental deste trabalho, qual seja a ideia da jurisprudência – ou, mais especificamente, do precedente – enquanto fonte do direito internacional. Somente ante a existência dos dois fenômenos acima apontados – seja o surgimento de um tribunal internacional permanente, seja a flexibilização da teoria de fontes, e que certamente possuem um grau de recíproca influência – é que se pode conceber a ideia das decisões judiciais enquanto fontes do direito internacional.

Existe ainda outra importante disposição do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que contribui à formulação de uma resposta sobre os limites das decisões judiciais sendo aplicadas pela Corte, qual seja, o artigo 59. Cabe rememorar que a previsão do artigo 59 vem insculpida na própria alínea d, do artigo 38, quando este dispõe que a corte aplicará “com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”²³³.

²³² WALDOCK, Humphrey. **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*”.

²³³ Art. 38, alínea d, Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Nas línguas originais: no inglês “*d. 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 no francês: “*d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions*

É interessante notar que nesta disposição os membros que cunharam o estatuto decidiram criar um elemento limitador à aplicação do artigo 38, alínea d. Limitação esta que vem assim definida no artigo 59 do Estatuto: “A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão²³⁴”.

Segundo o professor Leonardo Nemer Caldeira Brant, tal dispositivo inculpiria o princípio da coisa julgada internacional no âmbito da juridicidade da Corte Internacional de Justiça²³⁵, o que é referenciado por Waldock como uma consideração da possível vitória do sistema continental²³⁶. Mais do que isto, o termo restrito “somente será obrigatória” põe por terra definitivamente as possíveis argumentações que arguiriam a possibilidade de uma decisão ganhar autoridade distinta daquela que prevista no sistema do *common law* em que vige a regra já referenciada do *stare decisis*. Diversos autores coligam a esta norma ainda o artigo 60 do Estatuto da Corte que dispõe que “a sentença da Corte é definitiva e inapelável”²³⁷. De todo modo, Ian Brownlie explica de maneira bastante translúcida que “A Corte aplica o direito e não o faz, e o Artigo 59 do Estatuto em parte reflete um sentimento de parte dos fundadores que a Corte foi planejada para resolver disputas ao invés de modelar o direito”²³⁸.

Charles de Visscher, em sua apurada análise realista das relações jurídicas internacionais afirma que este princípio de autoridade relativa

judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”.

²³⁴ Nas línguas originais: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case” e no francês “*La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé*”.

²³⁵ BRANT, Leonardo Nemer C. **A autoridade da coisa julgada no direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²³⁶ WALDOCK, 1962, p. 91. Do original: “*The impression is sometimes conveyed that Article 59 represented the victory of the continental system, which only allows a persuasive authority to judicial decisions, over the Anglo-American system of binding precedent*”.

²³⁷ Art. 60, Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Nas línguas originais do Estatuto: “*The judgment is final and without appeal*”, e no francês “*L'arrêt est définitif et sans recours*”.

²³⁸ BROWNLIE, 1998, p.20. Do original: “*The Court applies the law and does not make it, and Article 59 of the Statute in part reflects a feeling on the part of the founders that the Court was intended to settle disputes as they came to in rather than to shape the law*”

da coisa julgada representado pelo artigo 59, se ele desacelera a formação de um corpo de jurisprudência não possui como efeito impedir a formação²³⁹; ou seja, embora exista enquanto um sobrepreço teórico e tentativa de limitação aos excessos dos sistema ele não consegue funcionar de maneira eficaz para tolher em absoluto o desenvolvimento de um corpo de decisões que possuam algum impacto relevante na dinâmica jurídica internacional.

3.2 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL: O DEBATE CONTEMPORÂNEO

A referenciada flexibilização das fontes do direito internacional, bem como da própria comunidade internacional em virtude de um acentuado processo de globalização, levam a repensar o papel que as decisões judiciais assumem neste complexo sistema. É importante ressaltar que ao se tratar de “decisões judiciais” neste contexto está se tratando de decisões emitidas por um órgão jurisdicional internacional²⁴⁰.

Aqui se abre um primeiro parênteses que merece delineamento. Ainda que a função jurisdicional internacional tenha como característica uma divisão entre os tribunais permanentes e os tribunais internacionais arbitrais²⁴¹, o foco da análise que se desenvolve será concentrado nas decisões judiciais de tribunais permanentes, sobretudo nas decisões emitidas pela Corte Internacional de Justiça. Ainda que no terceiro

²³⁹ VISSCHER, 1954, p.534.

²⁴⁰ Sobre esta questão é pontual a consideração realizada de Shabtai Rosenne (2004, p. 43) diferenciando as diversas acepções que o termo “decisão judicial” assume na contemporaneidade: “*The term judicial decisions includes judgments, advisory opinions and orders of the ICJ and of other standing and ad hoc courts and awards of international arbitral tribunals. In one form or another this may be said now to apply to all international courts and tribunals which reach their decision in application of international law. It may also extend, but with caution, to what are called ‘treaty monitoring bodies’ or ‘treaty controlling bodies’ reaching their decisions in a quasi-judicial way although without the authoritative character of a res judicata, and without the guarantees of judicial procedure and judicial independence*”. De todo modo, em virtude da perspectiva histórica que se delinea o termo que será aqui utilizado envolve necessariamente as decisões de tribunais internacionais permanentes. (ROSENNE, Shabtai. **The perplexities of modern international law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004).

²⁴¹ DIHN, DAILLER, PELLET, 2003, p.861.

capítulo deste trabalho analise-se em específico a questão da Corte, o objetivo momentâneo é o de delinear o debate doutrinário existente acerca da própria função que decisões judiciais ocupam no sistema de fontes. Utiliza-se a palavra “contemporâneo” compreendendo a faixa temporal que sucede a segunda guerra mundial e que encontra diante de si as repercussões acerca do trabalho da primeira corte internacional permanente de jurisdição universal.

A importância cada vez maior das decisões judiciais enquanto “fontes” ou, preliminarmente admitindo-se um caráter autoritativo, ganha redobrada importância ao longo do século XX e nestes primeiros anos do século XXI exatamente porque não um, mas diversos tribunais internacionais ocupam uma importante função dentro do sistema e, por consequência, do ordenamento. A questão se acentua exatamente pelo papel que eles são chamados a desempenhar no ordenamento em que a autoridade hierárquica central se faz ausente. Nas palavras de Georges Abi-Saab, a função destes tribunais é bastante definida:

O que estes órgãos judiciais possuem em comum, a despeito de sua diversidade, é que eles pertencem ao mesmo sistema e derivam suas legitimidades e fisionomias deste sistema. Juntos, eles desempenham, nesta particular ordem, uma das funções essenciais de qualquer ordem legal, nomeadamente, a função judicial ou função adjudicante. Eles então constituem aquilo que no direito internacional, ao menos nos sistemas jurisdicionais de civil law, o “sistema judiciário” dentro da ordem legal²⁴².

Mas qual é a função específica que as *decisões* destes órgãos podem assumir dentro desta determinada ordem? Os autores que se debruçam sobre o fenômeno divergem diametralmente na tentativa de oferecer uma resposta quanto ao *exato* papel que uma decisão judicial

²⁴² Do original: “*What these judicial organs have in common, in spite of their diversity, is that they belong to the same legal system and derive their legitimacy and physiognomy from it. Together, they discharge, in that particular order, one of the essential functions of any legal order, namely, the judicial or adjudicative function. They thus constitute what is called in municipal law, at least in civil law jurisdictions, the “judicial system” within the legal order*”. Em: ABI-SAAB, Georges, Fragmentation or Unification: Some **Concluding Remarks**. *New York Journal of International Law and Politics*, v. 31, 1999, p. 919-933.

pode ocupar no ordenamento jurídico e, de forma mais abrangente, nas relações internacionais que, como salientado anteriormente, é hoje presidida por uma pluralidade de sujeitos.

Oferecendo uma visão sistemática do papel das Cortes, Benedict Kingsbury preleciona que “cortes são criadas como parte da governança do regime em áreas particulares para aumentar o sucesso e a efetividade do regime”²⁴³. Segundo o autor, decisões judiciais, neste movimento de crescimento de jurisdições e de globalização, acabam por exercer um papel importante no amoldar do próprio sistema²⁴⁴. Nas palavras de Kingsbury:

O crescente *quantum* de decisões judiciais, e o crescimento do material (petições, comentários, etc) gerado no comprometimento de instituições estatais com elas, possui efeitos significativos no direito internacional como um campo de prática e de reflexão. Os operadores do Direito Internacional podem e especializam-se sobre estas possibilidades, e manuais e julgamentos citam pronunciamentos judiciais como matérias primários de importância de primeira ordem²⁴⁵.

Neste trecho, Kingsbury narra parte do impacto que as decisões de direito internacional possuem na ciência e nos operadores do direito internacional. De fato, ao se realizar uma comparação com o número de

²⁴³ KINGUSBURY, Benedict. *International Courts: Uneven Judicialization in Global Order*. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. **Cambridge Companion to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 12.

²⁴⁴ KINGUSBURY, 2012, p.13. Nas palavras do autor: “*This can have important normative dimensions: many international lawyers see international courts as potentially building a legal order with its own core principles, and as influencing the norms and principles followed in international political behavior, or in national law, with implications for basic political values such as commitments to equal concern and respect or to corrective justice*”.

²⁴⁵ KINGUSBURY, 2012, p.13. Do original: “*The rising quantum of judicial decisions, and the growth in materials (pleadings, commentaries etc.) generated in the engagement of state institutions with them, has significant effects on international law as a field of practice and reflection. International law practitioners can and do specialize in branches of such litigation or advising about such possibilities, and both textbooks and judgments quote and cite judicial pronouncements as primary materials of first-order importance*”.

decisões judiciais e comentários a esta que dispunham os operadores do direito internacional do início do século é possível verificar uma grande margem de discrepância. Tentando formular uma teorização sobre este papel, Maurice Mendelson propõe, acerca das decisões da Corte Internacional de Justiça:

Pode ser observado que, embora as decisões da Corte não sejam tão obrigatórias em outros tomadores de decisão [*decision-makers*] (seja para terceiros ou conselheiros de governos) e embora a ausência de uma verdadeira jurisdição compulsória torne estatisticamente muito improvável que qualquer outra controvérsia internacional terminará na Haia, decisões da Corte possuem, na prática, uma influência bastante considerável na visão do direito tomada por outros tomadores de decisão²⁴⁶.

Com esta assertiva, Mendelson converge com a maior parte da doutrina ao afirmar a “influência” das decisões da Corte, sem oferecer, contudo, uma resposta teórica mais precisa sobre o papel em que estas decisões ocupam juridicamente no entendido sistema de fonte, o que é realizado por uma série de autores ao longo do século XX.

O primeiro posicionamento possível em relação à consideração das decisões judiciais é a negativa que desempenhem qualquer papel de fonte do direito internacional. Neste caso, interpreta-se textual e rigidamente os ditames do artigo 38 e 59 do Estatuto da Corte conferindo-se às decisões judiciais um papel meramente elucidativo, mas que não carrega consigo qualquer possibilidade de autoridade normativa. Parte do argumento nasceria da impossibilidade de se

²⁴⁶ MENDELSON, Maurice. The International Court of Justice and the sources of international law. In: LOWE, V.; FITZMAURICE, M. (Org.). **Fifty Years of the International Court of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 83. Do original: “*Finally, it may be observed that, although the decisions of the Court are not as such binding on other decision-makers (whether third parties or government advisers), and although the absence of true compulsory jurisdiction makes it statistically very improbable that any given international dispute will end up in The Hague, decisions of the Court have in practice a very considerable influence on the view of the law taken by other decision-makers.*”

transpor ao direito internacional uma noção tão cara aos sistemas da *common law*²⁴⁷.

Exemplificando esta linha de pensar pode-se fazer referência à tese de Grigory Tunkin, que em seu curso da academia de Haia deixa bastante claro que quando um órgão criado pela vontade dos Estados ganha uma autoridade criadora sem um prévio estabelecimento desta autoridade em seu estatuto, esta autoridade é vazia²⁴⁸. Nas palavras do autor:

Embora reconhecendo a importância das mencionadas fontes auxiliares, deve-se, de todo modo, enfatizar que normas de direito internacional geral são criadas somente como resultado da conclusão do processo internacional de criação de normas (*norm-making*), o qual toma corpo seja na forma de um tratado ou na forma de um costume internacional²⁴⁹.

É interessante notar na concepção estribada por Tunkin os desdobramentos da mesma concepção voluntarista/positivista vigente no início do século em entende a criação de normas (*norm-making* é o termo do autor) uma exclusividade legislativa e costumeira. Trata-se aqui de arrebancar na mãos dos Estados o monopólio da produção normativa, sem relegar um mínimo de possibilidade aos poderes que saíam deste monopólio.

Ao lado do rígido posicionamento que não confere às decisões judiciais de tribunais internacionais qualquer caráter autoritativo ou nenhum papel no processo de produção de normas, existem aquelas

²⁴⁷ TUNKIN, Grigory I. Co-existence and International Law. **Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, v. 95, 1958, p.29. Nas palavras do autor: “*This concept, rooted as it is in the municipal systems of common law countries is not applicable to international law*”.

²⁴⁸ TUNKIN, 1958, pp.29-30. Nas palavras do autor: “*No international body may acquire greater authority than that provided for in the international agreement which has created this body, any alteration in this respect requiring new agreement between States, which in some cases may be also a tacit agreement*”.

²⁴⁹ TUNKIN, 1958, p.31. Do original: “*While paying due regard to the importance of the above mentioned auxiliary sources, it should, however, be emphasized that norms of general international law come into being solely as a result of the completion of the international norm-making process, which takes place either in the form of a treaty or in the form of an international custom*”.

acepções que conferem às decisões papéis de produtores de normas em distintos níveis e intensidades.

Uma primeira acepção de fontes que as decisões judiciais assumem no ordenamento jurídico é que estas poderiam exercer um importante papel de componentes do costume internacional²⁵⁰, não sendo elas, autonomamente, fontes do direito internacional. Desse modo, utilizando-se da dicção do próprio artigo 38 do Estatuto da Corte, as decisões judiciais seriam “uma prova de uma prática geral aceita como direito”. Para Charles de Rousseau, por exemplo, as decisões arbitrais e a jurisprudência dos tribunais internacionais servem para demonstrar a existência e o conteúdo do costume internacional²⁵¹. Contudo, o autor pondera que em não havendo um legislador internacional essa constatação possui um grande valor. Desse modo, na ausência de uma produção de normas regular e organizada, ainda que o papel secundário de elemento costumeiro se manifeste, este papel é dobrado no âmbito internacional. Para Charles Rousseau, existe uma confusão acerca da força das decisões judiciais. Elas não se impõem como uma decisão jurisprudencial, mas unicamente como elemento do costume vez que eles são suficientemente constantes para refletir o assentimento geral dos Estados, e é neste sentido que eles são fontes²⁵².

Assumindo um entendimento similar, Max Sorensen aduz um duplo caráter das decisões judiciais. Para o autor, as decisões judiciais em primeiro lugar são normas entre as partes. Seria este um modo derivativo vez que as decisões judiciais criam obrigações para as partes somente em virtude de uma norma superior que é o acordo que

²⁵⁰ Por costume, lança-se mão da formulação de DINH, DAILLER, PELLET, 2003, p.328: “É certamente admitido por todos que o processo costumeiro não é perfeito senão quando reúne dois elementos. [...] Um primeiro elemento consiste no cumprimento repetido de actos denominados “precedentes”: é o elemento material ou consuetudo, que pode não passar de um simples uso no início do processo. O segundo é constituído pela convicção dos sujeitos de direito de que o cumprimento de tais actos é obrigatório porque o direito o exige: daí a qualificação de elemento psicológico ou o recurso à formula latina da opinio iuris sive necessitatis.”

²⁵¹ ROUSSEAU, 1970, p. 337-338. Na mesma linha: “La jurisprudence internationale reste donc un facteur appréciable dans la formation du droit coutumier” (ROUSSEAU, 1970, p. 340).

²⁵² ROUSSEAU, 1970, p. 308-309.

fundamenta a jurisdição de uma determinada Corte²⁵³. Assim, elas regulam o direito particular num caso concreto e, ao fazê-lo, “representam uma parte integrante da prática internacional para a criação de normas consuetudinárias”²⁵⁴, sendo esta a segunda dimensão criadora de normas que uma decisão pode assumir.

A concepção estribada por Rousseau e Sorensen, embora bastante defensável, não pode restringir o significado e a dimensão das decisões judiciais enquanto produtoras de normas jurídicas. Isto porque se as decisões judiciais forem entendidas tão somente como *lex inter partes* e elemento de evidência de uma prática internacional estar-se-ia tolhendo delas uma importante dimensão criativa que as decisões judiciárias internacionais assumem na contemporaneidade.

Um interessante argumento nessa linha de pensar vem estribado por Pierre-Marie Dupuy, quando argumenta que embora a regra afirma que as decisões da Corte só afetem as partes em disputa, esta mesma regra não alcança em mesmo grau o raciocínio, a *ratio decidendi*²⁵⁵, as razões que levam os julgadores a tomarem uma determinada decisão²⁵⁶. Dupuy sublinha ainda situações em que a Corte estatui proposições

²⁵³ SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Publico**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 177. Do original: “*Para volver sobre la terminología, explicada anteriormente, las sentencias judiciales pueden clasificarse como modos de creación de derecho Sin embargo, ellas sólo pueden producir reglas particulares*”.

²⁵⁴ SORENSEN, 2004, p. 179. Do original: “*Por consiguiente, las decisiones judiciales y arbitrales representan una parte integrante de la práctica internacional para la creación de normas consuetudinarias*”.

²⁵⁵ Por *ratio decidendi* pode-se entender “*any rule of law expressedly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4. ed. Londres: Oxford, 1991, p. 17). As demais partes do julgamento são consideradas *obiter dictum*. Nessa linha de pensar Pierre Dupuy relembra o ensinamento de Robert Jennings que “*the ratio decidendi will comprehend the decision in the dispositive but also the determinative argument which led to that decision.*” (DUPUY, 1999, p. 802).

²⁵⁶ DUPUY, 1999, p.802. Do original: “[...] *nature of the Court’s decision to the particular case at hand, only partly affects the magnitude of its control. As a matter of fact, this restriction applies to the final decision, but it does not affect to the same degree the underlying reasoning of the decision, particularly when such reasoning is drafted in broad terms projecting general rules, on which the Court may rely in future findings*”

jurídicas em termos amplos, permitindo que a Corte se fie nestas proposições em futuras ocasiões.

Um terceiro grupo de autores se forma paralelamente aos dois grupos anteriormente mencionados (os que negam um papel de fonte, e os que reconhecem um papel de fonte enquanto elemento do costume às decisões judiciais), qual seja, aquele que considera o caráter autoritativo que podem assumir as decisões judiciais num sistema normativo como o internacional. Estes autores consideram (em diferentes graus) o papel das decisões judiciais enquanto fontes do direito internacional, mesmo com todos os balizamentos realizados pelo estatuto, exatamente por possuírem um papel de criadora de normas jurídicas.

O primeiro argumento estribado por este grupo de autores é aquele que todos os juízes possuem um papel de produção normativa (*lawmaking*) dentro dos sistemas em que atuam, independente de estarem num sistema fundado na *common law* ou no *civil law*²⁵⁷. No primeiro é reservado ao juiz margem maior de criatividade e ação enquanto que, no segundo, existem limitações. Segundo Christopher Weeramantry o próprio ato de escolha é um ato de criação; a regra escolhida pelo juiz ganha importância enquanto que a regra por ele afastada acaba por ter a sua importância arrefecida²⁵⁸. Como pontua Humphrey Waldock, “a função judicial é admitida em todo sistema legal, ele opera, mesmo dentro de estreitos limites, como uma criativa fonte de direito”²⁵⁹

É nessa linha de pensar que Shabtai Rosenne fala de um direito casuístico no âmbito do direito internacional:

Direito casuístico [*Case law*] como por vezes é chamado, não é direito positivo vez que não é feito por Estados. De todo modo, ele é feito sobre a autoridade dos Estados e com a sua participação. Isto coloca-o numa posição especial entre os componentes do direito internacional. Decisões judiciais e arbitrais internacionais são hoje relativamente acessíveis, sejam em cópias físicas

²⁵⁷ WEERAMANTRY, Cristopher G. Constitutional and Institutional Developments: The Function of the International Court of Justice in the Development of International Law. **Leiden Journal of International Law**, v. 10, 2004, p. 312.

²⁵⁸ WEERAMANTRY, 2004, p.314.

²⁵⁹ WALDOCK, 1962, p.95.

e virtualmente de maneira imediata na forma eletrônica²⁶⁰.

A concepção de Rosenne, diretamente arraigada aos Estados, fornece uma possível fonte de autoridade às decisões judiciais. *Ainda que* não tenha sido elaborada diretamente por estes, a autoridade das decisões judiciais ela se extrai da própria vontade dos Estados que previamente aceitaram o tribunal e aceitaram recorrer a um tribunal em que existe uma prévia indicação do uso das decisões judiciais enquanto fonte.

Numa linha comparativa pode ser analisado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que entrou em vigor em 2002, mais de 80 anos depois da cunhagem do estatuto da CPJI, o qual, em seu artigo relativo a fontes, faz referência às decisões judiciais em seu artigo 21:

1. O Tribunal aplicará:

- a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
- b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
- c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

²⁶⁰ ROSENNE, 2001, p. 67. Do original: “*Case law, or jurisprudence as it is sometimes called, is not positive law since it is not made by States. However, it is made on the authority of States and with their participation. That puts it in a special position among the components of international law. International judicial and arbitral decisions are today relatively accessible, both in hard copy and virtually immediately in electronic form.* (ROSENNE, Shabtai. The perplexities of modern international law: general course on public international law. **Recueil des cours**, v. 291, p. 9-471, 2001).

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

A expressão “tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores” elimina de forma parcial o debate que existe no âmbito da Corte Internacional de Justiça vez que reconhece a autoridade da interpretação previamente definida num determinado caso. A não obrigatoriedade desta disposição verificada no termo “poderá” em vez de “deverá” mais uma vez afasta a doutrina do *stare decisis* do âmbito contencioso internacional. Este elemento trazido pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional é mais um argumento levantado por aqueles que argumentam a autoridade de fonte que decisões judiciais podem assumir.

Philippe Cahier, por exemplo, 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 outras²⁶¹. Nessa operação, a Corte estaria distinguindo determinadas normas jurídicas, 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 essas devem se conformar²⁶²

²⁶¹ 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. 355.

²⁶² CONDORELLI, Luigi. Fonti del Diritto Internazionale. In: CASSESE, A. **Dizionario di Diritto Pubblico**. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 2554-2574. (Vol. 3). 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*"

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, oferecendo inclusive linhas interpretativas²⁶³ dentro do sistema.

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 jurídicos os mais importantes, não obstante a aparente contradição que implica sua coexistência com as novas normas”²⁶⁴. 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. É ante esse papel hermenêutico que Baldassare Pastore afirma que “esta complexa atividade hermenêutica torna, de fato, a jurisprudência da Corte um fator decisivo de positivação do direito, colocando em evidência a autoridade e a eficácia persuasiva que desta descendem”²⁶⁵.

Nesse sentido, pode-se analisar de igual forma 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 resumo²⁶⁶ - incapaz de demonstrar

²⁶³ Nesse sentido pode-se citar Maurice MENDELSON (1996, p. 65), ao afirmar que: “*The Court has undoubtedly had an important influence on the law of treaties in some respects. It has, for instance, developed and in some cases robustly applied, a teleological approach to the interpretation of the constituent instruments of international organizations: see, for instance, the Advisory Opinions on Reparation of Injuries*”.

²⁶⁴ 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.*”

²⁶⁵ PASTORE, Baldassare. Il diritto Internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?. **Ars Interpretandi: Rivista di Ermeneutica Giuridica**. p. 157-195. 2011, p. 184.

²⁶⁶ 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. 24, p. 173-200. 2011. E, mais recentemente, após a decisão, STEPHAN, Paul B. Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System

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 soberana²⁶⁷.

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 internacional”²⁶⁸, exatamente porquanto relevou a importância de um determinado princípio clássico em relação a outros dentro do sistema internacional.

Triumphant. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 47, ago. 2012.

²⁶⁷ 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*”.

²⁶⁸ STEPHAN, Paul B. Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 2012-47, ago. 2012, p. 05.

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 Corte²⁶⁹, não sendo meramente relegada ao papel interpretativo. 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 casuístico²⁷⁰. 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*”²⁷¹.

Algumas reflexões surgem sobre este novo papel desempenhado pelas decisões judiciais no ordenamento jurídico internacional, sobretudo o seu papel mais intenso na formação e produção do direito internacional. Nesse norte argumentativo pode-se citar Baldassare Pastore e sua teoria de que o direito internacional caminha para um direito jurisprudencial. Nas palavras do autor:

O direito jurisprudencial se coloca como expressão de um direito que nasce não tanto como uma regra imperativa imposta do alto, mas também como regra que vem elaborada pelas cortes, com o sustento da cultura jurídica no seu complexo, para responder às várias exigências de um contexto desestruturado e multiforme²⁷².

Nesse contexto, Pastore evidencia um importante desdobramento que mais uma vez aporta algumas reflexões. O direito internacional com

²⁶⁹ CAHIER, 1996, p. 364.

²⁷⁰ Nesse sentido já se posicionaram Arnold MacNair e Robert Jennings, conforme SHAHABUDEEN, Mohamed. **Precedent in the World Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 15.

²⁷¹ JENNINGS, Robert. An International Lawyer Takes Stock. **International and Comparative Law Quarterly**, n. 39, 1990. p. 519.

²⁷² PASTORE, 2011, p. 166. Do original: “*Il diritto giurisprudenziale si pone come espressione di un diritto che nasce non tanto come regola imperativa imposta dall’alto, quanto come regola che viene elaborata dalle corti, con il sostegno della cultura giuridica nel suo complesso, per rispondere alle variegata esigenze di un contesto destrutturato e multiforme*”.

uma preeminência judiciária questiona o papel do juiz como jurista, ou seja, um juiz como “experto do direito”. Esta é uma importante consideração porque se coliga à algumas argumentações estribadas no primeiro capítulo acerca dos juízes que comporão a judicatura internacional. Pastore tem certa razão ao afirmar que muda-se a própria configuração do direito quando dele se elimina parte do caráter eminentemente político e, lentamente, através da sedimentação das decisões pode-se falar na elaboração de uma jurisprudência produzida por e para juristas. Contudo, a realidade é que mesmo em Cortes internacionais existem influentes elementos políticos na composição dos juízes²⁷³, que por vezes são grandes diplomatas acostumados às questões de relações internacionais de seus países mais que efetivamente juristas, julgadores, ou especialistas em direito internacional.

No âmbito da doutrina brasileira o debate encontra igualmente acirrados e diametrais posicionamentos. Para Francisco Rezek, por exemplo, ao juiz não cabe legislar ou criar. Para o professor mineiro, “Jurisprudência e doutrina não são formas de expressão do direito, mas instrumentos úteis ao seu correto entendimento e aplicação”²⁷⁴. Advogando uma tese intermediária, muito similar àquela já evidenciada por Rousseau e Sorensen, Albuquerque de Mello associa as decisões judiciais ao elemento costumeiro, afirmando, num primeiro momento sua negativa enquanto criadora de normas, sendo útil à constatação destas normas (advogando, portanto, sua não obrigatoriedade)²⁷⁵, afirmando que “A jurisprudência pode vir a se transformar em costume. Ela é importante para fixar o costume”²⁷⁶, outorgando-lhe um papel associado ao costume internacional. Num entendimento acirradamente oposto, Cançado Trindade entende que

Não há como negar à grande massa de decisões arbitrais e judiciais o caráter de ‘fonte’ do Direito Internacional, ainda que operando de modo intermitente e sendo as decisões não raro de peso

²⁷³ Nesse sentido ver KEITH, Kenneth J. *International Court of Justice: Reflections on the Electoral Process*. **Chinese Journal of International Law**, 2010, p. 49–80. E MACKENZIE, Ruth et al. **Selecting International Judges: Principles, Process and Politics**. Oxford: OUP, 2010.

²⁷⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

²⁷⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (Vol. 1), p. 311.

²⁷⁶ MELLO, 2000, p.312

desigual (i.e. algumas mais inovadoras ou criativas do que outras)²⁷⁷.

Importante reafirmar a concepção de Cançado, que por sua vez é também expressa por Hildebrando Accioly e Getúlio Nascimento²⁷⁸, de que inexistem um “peso igual” das decisões da Corte²⁷⁹. Em certas ocasiões, em virtude do raciocínio perseguido e da maneira que um determinado caso foi resolvido determinadas decisões podem efetivamente assumir um grau de maior importância em relação às demais. A situação oposta também se verifica ao se perceber que determinadas decisões recebem um grande número de críticas por parte da academia ou acabam por não ser posteriormente referenciadas²⁸⁰.

É perante essa situação de alternância do “peso” ou, para utilizar um termo mais preciso, da autoridade que determinadas decisões de um determinado órgão jurisdicional adquirem em relações às outras, que pode-se falar numa autoridade muito semelhante à autoridade dos

²⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, 2006, 57.

²⁷⁸ NASCIMENTO E SILVA; ACCIOLY, 2002, p.49. A distinção de Accioly e Nascimento é de outra natureza mas evidencia igualmente a distinção e os pesos que as decisões assumem no âmbito internacional. Os autores afirmam que “[...] em outras palavras, não se podem colocar em pé de igualdade as decisões da CIJ com as dos tribunais internacionais, nacionais ou de arbitragem. A importância das sentenças da CIJ não é contestada; as sentenças dos tribunais domésticos pesam no direito dos países do *common law*, mas não, em equivalente extensão, nos demais sistemas; quanto às decisões arbitrais, constata-se que, na maioria dos casos, considerações que não as jurídicas têm pesado na balança”.

²⁷⁹ De igual modo e especificamente à autoridade das decisões da Corte Internacional de Justiça: “*Other international tribunals, despite the absence of any formal hierarchy, naturally pay the highest respect to the decisions of the International Court, and references to rulings of the Court are increasingly common in arbitral decisions*” (WALDOCK, 1962, p. 94).

²⁸⁰ Nesse sentido o comentário de IAN BROWNLIE (1998, p. 20): “*However, some discretion is needed in handing decisions. The Lotus decision, arising from the casting vote of President, and much criticized, was rejected by the International Law Commission in its draft articles on the law of the Sea, and at its third session the Commission refused to accept the principles emerging from the Genocide case (a stand which was reserved at its fourteen session). Moreover, the view may be taken that it is incautious to extract general propositions from opinions and judgments devoted to a specific problem or settlement of disputes entangled with the spacial relations of two states*”

precedentes do sistema do *common law*, sem a sua necessária obrigatoriedade.

Verificado o debate que circunscreve esta noção, passa-se então à compreensão de uma das primeiras e principais teorias sobre a ideia do precedente enquanto fonte do direito internacional.

3.3 HERSCH LAUTERPACHT E A IDEIA DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL ATRAVÉS DE DECISÕES JUDICIAIS.

É nesse contexto de flexibilização e de repensar as fontes do direito internacional ante as transformações da Comunidade internacional que, em 1933, onze anos após a criação da Corte, Hersch Lauterpacht²⁸¹ proferiu uma série de ensaios no *Geneva Graduate Institute of International Law*, que mais tarde culminaria no seu livro *“The Development of International Law by the International Court”*²⁸², cuja segunda edição de 1958 engloba tanto a jurisprudência da CPJI quanto a da CIJ. A obra focaliza sua análise no 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. Trata-se de uma importante obra dentro da

²⁸¹ Sir Hersch Lauterpacht (1897-1960) foi um juiz da Corte Internacional de Justiça (1955-1960), membro da Comissão de Direito Internacional da ONU (1952-1954) e importante teórico do direito internacional. Lauterpacht nasceu na galícia austríaca, que fazia parte do Império Austro-Húngaro quando do seu nascimento, hoje pertencente à Ucrânia. Aluno de Hans Kelsen em Berlin, mudou-se para Londres em 1923. Quando em Londres tornou-se pesquisador do London School of Economics, instituição na qual ensinou de 1923 a 1937. Entre seus trabalhos mais importantes estão as obras *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1923), *The Function of Law in the International Community* (1933) e *Development of International Law by the International Court* (1958). Em 1937 tornou-se professor titular (Whewell Chair) de direito internacional em Cambridge, sucedendo Arnold MacNair, instituição que ensinou até 1955. Sua biografia completa pode ser encontrada no site do Lauterpacht Centre for International Law (<http://www.lcil.cam.ac.uk/>).

²⁸² A segunda edição do livro foi lançada em 1958, quando Lauterpacht já ocupava uma das quinze cadeiras de juizes da Corte Internacional de Justiça. Ainda que autores como Koskenniemi (2005, p. 386) apontem que nesta segunda edição Lauterpacht se torna mais “reservado”, sobretudo se comparado com outras obras como *“The Function of Law in the International Community”*, a teoria de base acerca da função judicial internacional permanece inalterada.

ciência jurídica internacional exatamente pelo fato de afrontar de um ponto de vista teórico a crescente jurisprudência que se consolidava com o trabalho da Corte.

À guisa de exemplificação do impacto de sua obra, pode-se citar Marti Koskenniemi, que considera a obra *The Development* uma leitura realista do judiciário internacional, consistindo numa revelação de técnicas argumentativas que permitiram a Corte “legislar” ou discorrer favoravelmente acerca do ativismo judicial por ela realizado²⁸³. O finlandês assevera ainda que, nessa obra, Lauterpacht “examina a prática da Corte Internacional de Justiça e de sua predecessora, demonstrando como a natureza ilimitada e construtiva da atividade judicial apresentou-se”²⁸⁴ no plano internacional. Como aponta o historiador do direito internacional brasileiro, George Gallindo, Lauterpacht ao se debruçar sobre as decisões da Corte encontra um trabalho de um órgão jurisdicional já estruturado “em torno de precedentes que ela mesmo havia criado”²⁸⁵, motivo pelo qual insere-a em sua teoria jurídica internacional. Para Gallindo, a existência de uma Corte na teoria de Lauterpacht supre uma série de deficiências teóricas do ordenamento jurídico da comunidade internacional, sobretudo à boa manutenção da justiça. Segundo Shabtai Rosenne, Lauterpacht foi um dos juízes internacionais que mais se dedicou à compreensão teórica do fenômeno do litígio internacional²⁸⁶, produzindo sobre essa matriz de pensamento uma ampla bibliografia que influenciou – e influencia – a própria prática judiciária internacional. As considerações desses autores somam-se às de tantos outros que escreveram sobre esse importante personagem da ciência jurídica internacional do século XX²⁸⁷, identificando-o como um

²⁸³ KOSKENNIEMI, 2005, p. 386.

²⁸⁴ KOSKENNIEMI, 2005, p.387.

²⁸⁵ GALINDO, George. Hersch Lauterpacht. No prelo. 2012, p. 17.

²⁸⁶ ROSENNE, 1961, p.826.

²⁸⁷ Sobre esta temática pode-se aqui referenciar a SCOBIE, Ian G.M. The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function. **European Journal of International Law**, v. 8, n. 2, 1997, p. 264-298. BARTON, George. Hersch Lauterpacht: Some Reminiscences. **Victoria University of Wellington Law Review**, v. 43, n. 1, 2012, p. 202-206. ROSENNE, Shabtai. Sir Hersch Lauterpacht's Concept of the Task of the International Judge. **The American Journal of International Law**, v. 55, n. 4, 1961, p. 825-862. KOSKENNIEMI, Martti. Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law. **European Journal of International Law**, v. 8, n. 2, 1997, p. 215-263. JESSUP, Philip C; BAXTER, R.R. The Contribution of

dos grandes teorizadores da função judicial internacional através da análise da experiência da Corte e de sua função cardinal nas relações jurídicas internacionais.

A teoria de Lauterpacht fornece substrato teórico para as ponderações acerca dos possíveis usos autoritativos²⁸⁸ de precedente de tribunais internacionais por parte da Corte. Passa-se, portanto, à exata compreensão das delimitações esculpidas pelo autor.

Embora reconheça 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 judiciária²⁸⁹ – Hersch Lauterpacht identifica a intrínseca função da Corte de “desenvolver e clarificar as regras e princípios do direito internacional”²⁹⁰. 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 às sentenças arbitrais proferidas naquele proferido²⁹¹. É nesse contexto que Lauterpacht se preocupa em analisar como a jurisprudência da Corte contribui à formulação de normas de direito internacional afirmando que a Corte criou um “corpo impositivo de regras de direito internacional” através da prática de invocar suas próprias decisões passadas²⁹². Ao tocar nesse ponto, Lauterpacht esboça em linhas gerais as relações da Corte com seus próprios precedentes, sendo um dos pioneiros autores²⁹³

Sir Hersch Lauterpacht to the Development of International Law. **The American Journal of International Law**, v. 55, n. 1, 1961, p. 97-103.

²⁸⁸ Embora o termo “autoritativo” não seja aceito por todos os dicionários da língua portuguesa, sua existência é atestada pelo Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009, editado pela Academia Brasileira de Letras. O escopo é utilizar um termo que identifique a autoridade das decisões judiciais. O termo “autoritário”, relativo à autoridade, devido a seu caráter polissêmico poderia gerar uma interpretação dúbia relativa ao exato alcance da expressão.

²⁸⁹ 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. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

²⁹⁰ LAUTERPACHT, Sir Hersch. **The Development of International Law by the International Court**. London: Stevens & Sons Ltda, 1958, p. 05.

²⁹¹ LAUTERPACHT, 1958, p. 06.

²⁹² LAUTERPACHT, 1958, p.18.

²⁹³ Outras obras de referência acerca do papel da jurisprudência da Corte e do uso dos precedentes são a obra de Georges Scelle (já referenciada), e a obra de

a formular uma teoria acerca dos precedentes enquanto fontes do direito internacional.

Uma diferenciação preliminar deve ser salientada antes de se prosseguir no exame da teoria de Lauterpacht, qual seja a distinção entre os conceitos de *judicial lawmaking*²⁹⁴ e o *uso de precedentes*. No primeiro, trata-se no papel exercido pela Corte enquanto produtora de normas, enquanto instituição internacional que desenvolve o direito internacional inovando o corpo de regras que compõem o próprio ordenamento²⁹⁵. Por outro lado, o uso dos precedentes é o exercício da Corte de utilizar autoritativamente decisões anteriormente emanadas. Os dois exercícios da Corte muitas vezes podem se confundir mas é possível afirmar que o uso de decisões anteriores é uma maneira de reforçar o *lawmaking*, enquanto que o *lawmaking* não necessariamente irá lançar mão de precedentes para sua execução²⁹⁶.

Max Sorensen *Les Sources du Droit International*, Copenhagen, 1946. Contudo, dentro da bibliografia especializada a obra de Lauterpacht continua sendo o marco principal no que se refere à teorização do uso dos precedentes por parte da Corte Internacional de Justiça, como se verifica na obra “Precedent in the World Court” escrita pelo juiz Mohamed Shahabuddeen em 1996, ou no trecho “Article 38” de Alain Pellet. (SORENSEN, Max. **Les Sources du Droit International**: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice international. Copenhagen: Einar Munkksgaard, 1946).

²⁹⁴ Lauterpacht utiliza o termo *judicial legislation* para se referir a *judicial lawmaking*, descrevendo-o como o exercício criativo de direito internacional por parte da Corte, podendo ser efetivado de diversas maneiras, desde aplicando-se um princípio de uma maneira inovadora, reinterpretando a exata dimensão de uma disposição de um tratado com base numa perspectiva teleológica. Sobre *judicial lawmaking* na obra de Lauterpach ver a sua obra *Development*, no capítulo específico sobre isto (pp.155-220) De todo modo, nessa linha argumentative, pode-se citar Niels Petersen (PETERSEN, Niels. *Lawmaking by the International Court of Justice - Factors of Success*. **German Law Journal**, v. 12, n. 5. 2011. p. 1296-1316, p. 1295): “*If you want to analyze the lawmaking of the World Court, you must first define what lawmaking is. There are two elements to the definition: First, we have to observe a development in the law. The law on a particular matter has to be different in point t2 than it was in point t1. Second, this development has to be caused by a judgment of the ICJ*”.

²⁹⁵ Lauterpacht trabalha a noção de *judicial lawmaking* num capítulo especificamente dedicado a isso em sua obra *Development*.

²⁹⁶ Segundo a própria teoria de Lauterpacht ou de outros autores contemporâneos, o *lawmaking* é essencialmente fulcrado na aplicação e interpretação de princípios por parte da Corte ou quando ela concede uma

Advindo de uma tradição de um país inserido no sistema da *common law*, Lauterpacht possui uma ampla vivência da prática de autoreferenciação das decisões por parte dos tribunais, a qual prevê a força obrigatória do precedente – a chamada doutrina do *stare decisis*.

Como já referenciado, segundo essa formulação teórica, as decisões judiciais anteriores devem ser obrigatoriamente seguidas caso versem sobre pontos idênticos num posterior litígio²⁹⁷, criando uma vinculação autoritária à decisão anteriormente tomada ou à aplicação do princípio de determinada maneira num determinado caso. Estaria sendo gerada, através da observação desta regra, a estabilidade jurídica do ordenamento vez que impediria decisões diferentes serem aplicadas numa mesma situação em virtude da ausência de uma norma específica codificada para tal litígio. Contudo, a doutrina internacionalista (não só endossada pela voz de Lauterpacht) é categórica ao afirmar pela não reconhecimento da doutrina *stare decisis* no âmbito do contencioso internacional²⁹⁸. Significa dizer que inexistente qualquer obrigação normativa inerente ao sistema internacional que constrinja os juízes às decisões anteriormente tomadas por um determinado órgão. Nas palavras de Lauterpacht “na esfera internacional, onde não existe um processo legislativo regular, não existe espaço para a rígida veneração do precedente”²⁹⁹. Contudo, quase paradoxalmente, é curioso anotar, nesse sentido, que Lauterpacht considera que “embora não vinculada pela rigidez da doutrina formal do precedente, [a Corte] tem, como demonstrado, adotado-o largamente em substância”³⁰⁰.

Ante a negativa do reconhecimento expresso do vínculo ao sistema do *stare decisis*, como se pode falar no reconhecimento de

categoria mais importante à determinadas regras costumeiras em relação à outras, conforme CAHIER, 1996, p. 355.

²⁹⁷ DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. London: Cambridge University Press, 2008., p. 12.

²⁹⁸ A título de exemplificação, pode-se citar: ROUSSEAU, 1970, p.338; CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed.. Oxford : Oxford University Press, 2005, p. 196; ROSENNE, 2001, p. 68; SHAHABUDEEN, 1996, p. 126.

²⁹⁹ LAUTERPACHT, 1958, p.19. Do original: “*In the international sphere, where no such legislative process is normally available, there is no room for rigid veneration of precedent*”.

³⁰⁰ LAUTERPACHT, 1958, p.14. Do original: “*However, while not fettered by the rigidity of the formal doctrine of precedent, it has, as shown, largely adopted its substance*”.

autoridade do precedente na esfera internacional e, mais especificamente, na Corte Internacional de Justiça? Nesta linha de pensar, o autor é categórico ao afirmar que “a regra geral, como ilustrada pelas visões demonstradas nas Seções precedentes, é a constante e normal operação de precedente na jurisprudência da Corte”³⁰¹, prática esta que a Corte mantém até a contemporaneidade³⁰². Desta informação decorre a afirmação por Lauterpacht da importância de compreender de que maneira as decisões da Corte e de outros tribunais internacionais atuam como fontes do direito internacional³⁰³. Nas palavras de Lauterpacht, as decisões da Corte:

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 essa razão, o que o direito internacional é. De fato, eles estão, num nível substancial, no mesmo patamar das fontes enumeradas nos primeiros três parágrafos do artigo 38. Formalmente, elas podem ser meramente um meio subsidiário de determinação quais são essas fontes. O efeito é o mesmo³⁰⁴.

A afirmação de Lauterpacht é bastante eloquente, sobretudo num período em que não se reconhece a autoridade das decisões judiciais enquanto fontes do direito internacional. Uma resenha de seu livro à época afirmou que “para o homem nas ruas, este homem pode ser informativo, para o estudante ele seria provocativo, mas nas Chancelarias, ele se provará um trabalho perturbador”³⁰⁵, exatamente

³⁰¹ LAUTERPACHT, 1958, p.20.

³⁰² SHAHABUDEEN, 1996.

³⁰³ LAUTERPACHT, 1958, p.20.

³⁰⁴ LAUTERPACHT, 1958, 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*”.

³⁰⁵ J.O.J.M. Review of H. Lauterpacht 'The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice'. **The Cambridge Law Journal**, v. 3, Issue 03, 1929, p. 444. Do original: “*To the man in the street the*

pelo fato de reconhecer a uma Corte um papel de produtora de normas, rompendo o tradicional monopólio dos Estados nesta função.

A constatação de que uma decisão judicial possa ser uma fonte do direito internacional transforma o uso de uma decisão anteriormente emitida na reafirmação da autoridade dessa decisão. O uso dos precedentes pode ser também observado, portanto, como o reiterar de uma autoridade dada à uma aplicação de uma determinada decisão. É possível ainda perscrutar que mesmo que uma determinada decisão não crie uma nova norma, apenas reconheça um costume ou reafirme um entendimento na interpretação de outra determinada norma, pode-se afirmar que sua repetição consagra a própria decisão enquanto recipiente de uma determinada ordem normativa, um exercício que somente o uso repetido ou o exercício de referimento pode gerar.

O autor afirma inclusive que os juízes acabam por viver num paradoxo de que são, ao mesmo tempo, “dóceis servos do passado e tiranos do futuro”³⁰⁶, exatamente pelo fato de que o peso de suas decisões vinculam em alguma medida o posicionamento a ser tomado pelos novos casos julgados. Mais ainda, ele narra com perplexidade a transformação de uma decisão numa fonte do direito e o invólucro de mistério que assume tal fato na incompreensão do jusinternacionalista: “o imperceptível processo no qual a decisão judicial deixa de ser a aplicação da lei existente e torna-se fonte do direito para o futuro é quase um mistério religioso no qual é indecoroso intrometer-se”³⁰⁷.

Em relação aos dispositivos da Corte que, em teoria, limitariam o uso de precedentes, Lauterpacht interpreta-os de maneira a favorecer o uso do precedente de forma autoritativa. Segundo o autor, a previsão do artigo 59 do Estatuto estaria relacionada unicamente à questão de efeitos a terceiros que desejam interferir no procedimento, nos termos do artigo 63³⁰⁸ do Estatuto. Segundo Lauterpacht, o que dispõe o artigo 59 é

book may be informative, to the student it should be provocative, but in the Chancelleries it must prove a most disturbing work”

³⁰⁶ LAUTERPACHT, 1958, p. 21.

³⁰⁷ LAUTERPACHT, 1958, p.21. Do original: “*The imperceptible process in which the judicial decision ceases to be an application of existing law and becomes a source of law for the future is almost a religious mystery into which it is unseemly to pry*”.

³⁰⁸ É a dicção do artigo 63: “*Article 63. 1. Whenever the construction of a convention to which states other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such states forthwith. 2. Every state so*

exatamente o que o artigo 63 define indiretamente: nenhum Estado que não esteja perante a Corte poderá sofrer o efeito de uma determinada decisão que emanada num determinado momento a menos que peça para nela intervir; o que não significa, contudo, uma proibição ou desestímulo aos efeitos posteriores de uma decisão nos casos surgidos posteriormente enquanto precedente a ser observado. Para Lauterpacht, o suposto rigor que envolve o artigo 59 estaria, em verdade, mitigado pelas próprias previsões do artigo 38, (d), do Estatuto, vez que permitiria um expresse uso de decisões judiciais por parte da Corte, ainda que subsidiariamente³⁰⁹.

Argumento acerca da posição que as decisões judiciárias assumem no cenário internacional, Lauterpacht distingue decisões de tribunais nacionais das decisões internacionais para a consideração de ser ou não fonte do direito internacional, fundamentando a natureza ímpar destas. Para o autor, as decisões judiciais nacionais são sim um importante elemento para verificação da prática dos Estados, e, portanto, do costume internacional. Tal fato só se dá, porém, em virtude do fato de uma decisão de um tribunal nacional ser uma decisão emitida por um órgão do próprio Estado, enquanto que uma decisão de um tribunal internacional não possui esse vínculo institucional com o aparato legiferante e ordenador³¹⁰.

Por essa razão, Lauterpacht distingue-se dos autores que consideram que a jurisprudência internacional seria – como afirma Charles de Rousseau – “um fator apreciável na formação do direito costumeiro”, como o faz a jurisprudência nacional³¹¹ identificando a prática do Estado. O autor é claro ao afirmar que não é no sentido de

notified has the right to intervene in the proceedings; but if it uses this right, the construction given by the judgment will be equally binding upon it”.

³⁰⁹ LAUTERPACHT, 1958, p.08.

³¹⁰ Aqui poderia-se argumentar a existência de tal vínculo pelo fato da Corte ser o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas. Contudo, tal argumentação não pode prosperar uma vez que é notadamente aceito pela doutrina internacional o fato da Organização das Nações Unidas não se tratar de um governo superanacional ou governo mundial, mas sim de uma organização internacional de vocação universal de atuação bastante limitada. Para mais ver ROBERTS, Edward A; KINGSBURY, Benedict. (Orgs) **United Nations, Divided World: The UN's Roles in International Relations**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

³¹¹ ROUSSEAU, 1970, p. 340. Do original: “*La jurisprudence internationale reste donc un facteur appréciable dans la formation du droit coutumier.*”

identificadores de prática dos Estados que decisões judiciais podem ser consideradas como fonte do direito internacional, ou seja, compondo um elemento do costume, insculpido no artigo 38, letra b do Estatuto. Segundo Lauterpacht, elas

não são evidência da prática dos Estados ou o que os Estados entendem por ser o direito. Tribunais internacionais, quando emitem uma decisão sobre um ponto do direito internacional não necessariamente escolhem entre dois pontos de vista das partes. Eles declaram o que o direito é. Suas decisões são evidência do direito existente³¹²

Reafirmando as decisões de tribunais internacionais (e não só da Corte) enquanto fontes do direito internacional, o excerto acima identificado assinala bem o caráter declaratório que as decisões judiciais assumem. É interessante notar nesse sentido que, se a operação normal da Corte é o uso do precedente – como já apontado – e as decisões judiciais declaram o direito, a conclusão lógica para esse exercício de uso dos precedentes é o uso de decisões que informam o direito, sendo, portanto, lógica a utilização das mesmas enquanto fontes de obrigações.

Bastante evidenciado o fato da Corte utilizar decisões judiciais, Lauterpacht elabora a seguinte explicação para o recorrente uso da Corte de seus próprios precedentes:

A Corte segue suas próprias decisões pelas mesmas razões pelas quais todas as cortes – sejam elas vinculadas à doutrina do precedente ou não – o fazem, nomeadamente, isto é, porque tais decisões são um repositório de experiência jurídica que é conveniente aderir; porque elas corporificam o que a Corte considerou no passado ser o direito adequado; porque o respeito pelas decisões emitidas no passado produz certeza e estabilidade, que estão na essência da boa administração da justiça; e (uma menor e não

³¹² LAUTERPACHT, 1958, p.21. Do original: “*Decisions of international courts are not a source of international law in that sense. They are not direct evidence of the practice of States or of what States conceive to be the law. International tribunals, when giving a decision on a point of international law, do not necessarily choose between two conflicting views advanced by the parties. They state what law is. Their decisions are evidence of the existing rule of law*”.

invariavelmente exata consideração) porque juízes são naturalmente relutantes, na ausência de regras compelindo-os contrariamente, a admitir que estavam anteriormente equivocados³¹³.

Identificando razões diversas para o uso dos precedentes pela Corte (inclusive psicológicas) alguns dos elementos aportados pelo autor são importantes na compreensão do fenômeno, sobretudo a dúlice tensão entre o passado e o futuro. O elemento histórico de continuidade coliga-se diretamente aos argumentos dardejados previamente acerca da diferenciação da arbitragem. Pode-se conjecturar, por conseguinte, que o uso de precedentes por parte da Corte seja exatamente uma estratégia de afirmação da Corte para atingir o objetivo de distinguir-se da arbitragem internacional da experiência anterior. O elemento futuro é o de privilegiar o princípio da “boa administração da justiça”, ou seja, a existência de uma preocupação com o impacto da decisão a ponto de influenciar o próprio comportamento da Corte – e aqui pode ser inserido o exercício de referenciar-se aos seus próprios precedentes, capazes de gerar estabilidade e um certo grau de previsibilidade das decisões. O elemento psicológico de não demonstração de erro no passado não demonstra, contudo, ser coerente com a própria possibilidade da Corte de valer-se da hipótese de diferenciação de suas decisões.

Não vinculada à doutrina do *stare decisis*, a Corte desenvolve uma relação distinta e não linear à maneira como se referir às próprias decisões. Lauterpacht afirma que, em alguns casos, esta relação trata-se de uma mera referência, enquanto que em outros fica evidenciado um caráter autoritativo dos pronunciamentos referenciados³¹⁴. É nesse contexto que existe a possibilidade da Corte valer-se do processo de

³¹³ LAUTERPACHT, 1958, p.14. Do original: “*The Court follows its own decisions for the same reasons for which all courts - whether bound by doctrine of precedent or not - do so, namely, because such decisions are a repository of legal experience to which it is convenient to adhere; because they embody what the Court has considered in the past to be good law; because respect for decisions given in the past makes for certainty and stability; which are of the essence of the orderly administration of justice; and (a minor and not invariably accurate consideration) because judges are naturally reluctant, in the absence of compelling reasons to the contrary, to admit that they were previously in the wrong*”.

³¹⁴ LAUTERPACHT, 1958, p.09.

*distinguishing*³¹⁵, através do qual indicará as razões pelas quais não seguirá princípios estabelecidos numa decisão anteriormente emitida. Como aponta Lauterpacht³¹⁶, trata-se de um elástico processo pelo qual a Corte pode valer-se da ausência de uma regra que obrigue um juiz a seguir determinado precedente. Afinal, todos os precedentes são fontes? Lauterpacht não responde diretamente essa questão, mas a identifica ao afirmar que existe uma inclinação para se confiar em um determinado grupo de precedentes e de não observar outro grupo de precedentes que se desenvolve³¹⁷.

É interessante notar que no trecho suprarreferenciado Lauterpacht não se restringe a formular que somente as decisões da Corte Internacional de Justiça são precedentes, mas aborda “tribunais internacionais” estatuindo o direito. Isto porque nessa comunidade internacional descentralizada, existe a “tendência a observar as determinações judiciais como evidência ou, o que de fato é o mesmo, como uma fonte do direito internacional”³¹⁸. Assim, o elemento irradiador de autoridade não se restringe à Corte mas sim à própria função jurisdicional desenvolva no âmbito internacional.

Nessa linha de pensar, quando Lauterpacht trata do uso de decisões de tribunais internacionais arbitrais por parte da Corte Internacional de Justiça está também a elas imputando autoridade. Nas palavras do autor “o direito arbitral internacional produziu um corpo de precedentes cheio de instrução e autoridade”³¹⁹. Contudo, Lauterpacht hipotetiza que o fato que talvez a Corte utilize pouco o recurso ao corpo de decisões arbitrais exatamente para se desvencilhar da ligação com a arbitragem e firmar-se enquanto órgão jurisdicional permanente independente. Ainda que assim o faça, é inegável que, segundo a concepção de Lauterpacht, a prática da Corte de referenciar-se a

³¹⁵ Segundo o Black’s Law Dictionary (1968, p.561), Distinguish é “*To point out an essential difference; to prove a case cited as applicable, inapplicable*”. Prática recorrente nos países que adotam o sistema da *common law*, o exercício do distinguishing permite a não aplicação de um determinado precedente num caso em que, em teoria, seria obrigatória a sua aplicação.

³¹⁶ LAUTERPACHT, 1958, p.14.

³¹⁷ LAUTERPACHT, 1958, P.19.

³¹⁸ LAUTERPACHT, 1958, p. 14. Do original: “*It is to be expected that in a society of States which opportunities for authoritative and impartial statements of the law are rare, there should be a tendency to regard judicial determination as evidence or, what is in fact the same, as a source of international law.*”

³¹⁹ LAUTERPACHT, 1958, p.18. Do original:

decisões de tribunais arbitrais (e posteriormente à de decisões de outros tribunais) é um exercício de reconhecimento de autoridade daquelas decisões enquanto precedentes, ou seja, enquanto fontes dotadas de autoridade.

O raciocínio utilizado para a arbitragem internacional somado a outras lógicas de Lauterpacht pode ser igualmente transportado à lógica de tribunais internacionais, afinal, conforme o autor

Numa comunidade internacional em que ausente o monopólio de um processo normativo e em que ausente um código geral, o grupo de decisões de um determinado órgão permanente redobram a importância de sua autoridade, servindo igualmente fonte de inspiração judicial³²⁰.

Sob esta argumentação, não é errôneo afirmar que, ainda que não esteja preocupado em fornecer uma teoria ao uso dos precedentes de tribunais internacionais por parte da Corte Internacional de Justiça (quando escrevia seu trabalho, o problema não se colocava pela ausência de outros tribunais), Lauterpacht identifica o fenômeno e a possibilidade de sua ocorrência, conferindo-lhe autoridade. A exata dimensão desta autoridade na prática recente da Corte é exatamente a proposta deste trabalho, sendo, portanto, desenvolvida nos capítulos subsequentes.

Ante o contexto delineado pela obra, pode-se notar que o fenômeno coliga-se diretamente aos tópicos anteriormente trabalhados, quais sejam, a experiência arbitral internacional, as tensões existentes na confecção do artigo 38 da Corte e a prática da Corte num contexto de flexibilização de dogmas no interior da Comunidade Internacional. É interessante notar que, ainda que seja bastante apologético e idealista em relação à Corte e à sua função, Lauterpacht é dosado com realismo quando se afasta do debate acadêmico de serem ou não as decisões judiciais fontes do direito internacional (situação que ainda hoje não encontra unanimidade) afirmando que, independente deste reconhecimento, “o efeito é o mesmo”. O uso de decisões judiciais (as suas próprias e de outros tribunais) autoritativamente é uma realidade que Lauterpacht se preocupa em compreender e teorizar.

³²⁰ LAUTERPACHT, 1958, p.14. Do original: “*International arbitral law has produced a body of precedent which is full of instruction and authority. Numerous arbitral awards have made a distinct contribution to international law by reasons*”.

Desnecessário dizer que em virtude da valorização desse papel criativo à Corte a teoria de Lauterpacht encontra fortes discordâncias. A título exemplificativo, pode-se citar G. I. Tunkin que em seu curso de 1958 na *Academia de Haia* de 1958, afirma que o entendimento de Lauterpacht muito dificilmente poderia ser aceito dentro do sistema internacional³²¹.

Outro ponto que se pode igualmente questionar na teoria de Lauterpacht seria a própria independência do autor ao sistema essencialmente fulcrado em precedentes do *common law* no qual está inserido. Sob esta linha de pensar, inserido numa dinâmica jurídica que enxerga a função judicial organizada sobre as regras ao respeito ao precedente parte da construção de Lauterpacht pode ter como base esse modelo na tentativa de compreensão do fenômeno. Contudo, pode-se afastar ou ao menos relativizar essa influência ao se considerar a práxis histórica da Corte em efetivamente conceder este grau de autoridade aos precedentes.

É curioso notar que o anseio por *desenvolvimento* dos autores do início do século geram um livro chamado “O desenvolvimento” do direito internacional. Sob este recorte, a teoria de Lauterpacht pode ser enxergada como um movimento de reação imediatamente posterior à Corte, legitimando-a em sua função jurisdicional criativa.

Com a lente de análise fornecida por Hersch Lauterpacht para compreender o papel das decisões judiciais enquanto fontes do direito internacional e como estas mesmas decisões são utilizadas como precedentes, pode-se iniciar a verificação de que maneira a Corte Internacional de Justiça utiliza seus próprios precedentes enquanto fontes do direito internacional. A ideia de fonte está diretamente associada a ideia de autoridade e a busca pela compreensão do emprego dessa autoridade permite um científico entendimento do funcionamento do principal órgão jurisdicional do sistema da Organização das Nações Unidas.

Evidenciado o *iter* percorrido pela ciência jurídica internacional ao longo do século XX nos debates acerca da função das decisões da Corte no interior da própria Corte (através da análise da elaboração do artigo 38 do Estatuto) e o peso que estas possuem num campo teórico de debate, passa-se à exata compreensão, através da jurisprudência da Corte e das análises de seus comentadores contemporâneos, do valor do precedente no interior da Corte Internacional de Justiça.

³²¹ TUNKIN, 1958, p.28.

4 O USO AUTORITATIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: ENTRE PRECEDENTES E LAWMAKING.

Nas últimas dez decisões de mérito da Corte Internacional de Justiça houve um total de aproximadamente 216³²² referências à própria jurisprudência de casos anteriores. Desde o início de suas atividades a Corte Permanente de Justiça Internacional lançou mão de suas decisões para fundamentar e consubstanciar os posicionamentos assumidos. O significado deste exercício pode assumir distintas acepções que serão abordadas ao longo deste capítulo.

O itinerário até então percorrido mergulhou diretamente em duas etapas distintas. Num primeiro momento, realizou-se a compreensão histórica do fenômeno que se demonstrou essencial para delinear a verdadeira dimensão do problema que se coloca. Posteriormente, a análise dos debates doutrinários contemporâneos e das teorias que fornecem uma lente de análise para o fenômeno mostraram-se igualmente pertinentes para evidenciar a existência de um campo de tensão no qual as atividades da Corte se desenvolvem: um campo de

³²² O levantamento foi realizado pelo próprio autor, excluindo-se as referências em que a Corte cita o próprio caso em questão meramente para embasar conteúdo probatório. Os casos analisados foram os seguintes, com o número de citações entre parênteses: C.I.J., *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, Julgamento de 16 de Abril de 2013. (7); *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, 2012, Julgamento de 19 de novembro de 2012. (57); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, 2012, Julgamento de 20 de julho de 2012. (6); *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, 2010, Julgamento de 30 de novembro de 2010. (22); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, 2012, Julgamento de 3 de fevereiro de 2012. (9); *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, 2011, Julgamento de 5 de dezembro de 2011. (20); *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, 2010, Julgamento de 20 de Abril de 2010. (27); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Julgamento de 13 de junho de 2009. (13); *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, 2009, Julgamento de 3 de fevereiro de 2009. (24); *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, 2008, Julgamento de 4 de junho de 2008. (31). O dado obtido é meramente exemplificativo e serve a demonstrar o alto número de citações às suas próprias decisões que a Corte realiza em seus casos.

tensão entre a criatividade judicial e essencial matriz positivista que outorga a exclusividade da produção normativa às compreensões estatais.

A questão que ora se coloca é distinta porquanto se afasta essencialmente dos debates históricos e exclusivamente doutrinários e tenta compreender qual é a posição da própria Corte Internacional de Justiça através de uma análise de suas próprias decisões. Dois são, portanto, os vieses de análise que este capítulo se enfoca.

Num primeiro momento, verifica-se o uso de decisões de forma autoritativa por parte da Corte Internacional de Justiça, ou seja, em que ocasiões a Corte referenciou-se a decisões judiciais outorgando-lhes autoridade ou realizando um exercício de uso do precedente. Realizada esta verificação bem como as considerações conclusivas a ela inerentes, passa-se à análise das decisões da Corte que, de alguma maneira, contribuíram ao desenvolvimento do direito internacional e, de forma efetiva, realizaram um processo de *lawmaking*.

Ademais, reitera-se algumas diferenciações metodológicas relativas à citação das sentenças já mencionadas na nota metodológica que precede este trabalho, e embora as citações em língua estrangeira até aqui referenciadas tenham encontrado imediata tradução ao português, preferiu-se manter as sentenças na língua original oficial da Corte a fim de que não se perca com a tradução qualquer possibilidade da força dos argumentos o que, no estudo que se desenha, é de redobrada importância vez que a escolha de palavras da Corte pode assumir significado mais preciso aos objetivos perquiridos.

4.1 A PRESUNÇÃO DE AUTORIDADE DAS DECISÕES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E A NÃO APLICAÇÃO DA DOCTRINA DO *STARE DECISIS* NO DIREITO INTERNACIONAL.

Ao longo deste trabalho algumas referências foram feitas à ideia de precedente e do uso do precedente sem, contudo, uma apropriada delimitação do significado o seu uso bem como a não aplicação da também já referenciada doutrina do *stare decisis*³²³. A investigação que

³²³ Unicamente para reforçar, menciona-se as palavras de Shahabuddeen (1996, p.97): “*the literature makes it clear that the contemporary understanding was that the holding could later be departed from precisely because stare decisis did not apply*”

se conduz é entender quais são as razões por detrás desta lógica de autoridade das próprias decisões para que se compreenda o motivo pelo qual tanto se afronta esta questão no âmbito da Corte Internacional de Justiça e de outros órgãos jurisdicionais internacionais. Nas palavras de Shabtai Rosenne:

nos atuais pronunciamentos judiciais da CIJ, a confiança em suas decisões anteriores é marcada, e outros tribunais e cortes internacionais também tendem a fazer o mesmo. A consideração de que decisões judiciais são fontes subsidiárias para a determinação das regras de direito não deve ser tomada literalmente³²⁴.

A tendência apontada por Rosenne é importante porque permite que se assuma como pressuposto este frequente uso por parte da Corte de decisões judiciais³²⁵ em resolver litígios entre Estados ou então a fornecer opiniões consultivas.

De uma maneira geral é possível afirmar que a Corte utiliza de maneira frequente decisões judiciais em seus julgamentos. Maurice Mendelson em seu célebre ensaio sobre as fontes do direito internacional na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça³²⁶ formula uma teoria acerca do uso das decisões judiciais por parte da Corte em cinco possibilidades distintas, considerando inclusive as decisões nacionais dos Estados: (a) quando a decisão do outro tribunal é a questão e debate³²⁷, não configurando estas decisões como autoritativa

³²⁴ ROSENNE, 2001, p.70. Do original: *“In today’s judicial pronouncements of the ICJ, reliance on its own previous decisions is marked, and other international courts and tribunals also tend to do the same. The statement that judicial decisions are subsidiary means for the determination of the rules of law is not to be taken literally.”*

³²⁵ Bem como existe um número razoável de referências a decisões arbitrais internacionais, Cf. SHAHABUDEEN, 1996, p. 37.

³²⁶ MELDELSON, 1996.

³²⁷ MENDELSON, 1996, p.81. Do original: *“(1) Where it is the decision of the other tribunal that is the issue in the proceedings, or at any rate part of the history of the case: examples involving international tribunals include the various applications for review of decisions of the UN Administrative Tribunal; the Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal); and Land, Island, and Maritime Frontier Dispute, where one of the issues was the effect to be given to a decision of the Central American Court of Justice. Similarly, orders of national courts may give rise to international*

para fins de precedente; (b) as decisões das cortes nacionais quando tratadas como uma forma de prática dos Estados³²⁸; (c) decisões de cortes nacionais em questões de direito interno podem servir como analogias ou como elementos dos quais se possam extrair princípios³²⁹; (d) decisões de cortes e tribunais (mesmo nacionais) podem ser citadas como evidência da *opinio iuris* prevalente numa questão em particular³³⁰; (e) decisões de um tribunal em questões de direito internacional podem ser utilizadas em razão da persuasão de seus argumentos e pela qualidade da pesquisa que a fundamenta³³¹.

As duas últimas opções (“d” e “e”) são aquelas utilizadas pela Corte que interessam especialmente ao debate em questão exatamente porque se tratam da maneira como a Corte lança mão das decisões judiciais. Segundo Mendelson, são estas duas decisões que podem ser consideradas como precedentes³³². Nestas duas concepções pode-se

proceedings, as in the ELSI case. Nothing more need be said about such cases here: they are not being examined by the court as precedents.”

³²⁸ MENDELSON, 1996, p.82. Do original: “(2) *The decisions of municipal courts may be treated as a form of state practice (since the judiciary is a component of the state). This has already been discussed under the rubric of customary law. The decisions of international courts and tribunals are also sometimes discussed in the literature as a form of state practice, but this is very doubtful. These bodies may be instrumentalities of states inasmuch as they have been set up by them and operate only with their consent, but it is only partly true to say that they are making decisions on behalf of the states appearing before them, nor do those decisions necessarily reflect the position of the states concerned.*”

³²⁹ MENDELSON, 1996, p.82. Do original: “(3) *Decisions of national courts on questions of municipal law may provide suitable analogies for international law, or even form part of the corpus of 'general principles of law recognised by civilized nations'*”.

³³⁰ MENDELSON, 1996, p.82. Do original: “(4) *Decisions of courts and tribunals may be cited as evidence of the prevailing opinio juris on a particular question. Without going here into vexed questions of the meaning of this elusive concept, it seems clear that the Court, like other decision-makers, considers it legitimate to take into account not just the opinions of states, but of other participants in the international legal process, which includes international and even (in appropriate circumstances) national tribunals.*”

³³¹ MENDELSON, 1996, p.82. Do original: “(5) *Finally, a decision of another tribunal on a question of international law may be relied on for the persuasiveness of its reasoning and the quality of the research which underlies it*”.

³³² MENDELSON, 1996, p.82.

observar mais uma vez a dicotomia entre uma decisão judicial enquanto elemento do costume ou uma decisão judicial que encontra autoridade em sua própria existência e fundamentação. Neste caso, Mendelson aponta a existência deste duplo exercício por parte da Corte, sem contudo diferenciá-lo doutrinariamente. É uma questão de fato que a Corte o faça.

É interessante notar, como bem o fez o juiz Robert Jennings, que levando em consideração que “decisões judiciais são tão importantes para o desenvolvimento do direito internacional é surpreendente que relativamente tão pouco tenha se feito para elaborar princípios que governem o uso de precedentes no direito internacional”³³³. Em igual sentido ponderou Manley O. Hudson, ao afirmar que mesmo “a Corte não desenvolveu um princípio definitivo do peso que irá conferir aos seus julgamentos anteriores”³³⁴. A ausência desta regra, ainda que na forma diretiva que assumem princípios, tem por consequência uma tentativa de formulação de quais são os elementos jurídicos que norteiam a atividade da Corte³³⁵.

É de certa forma unanimidade que a doutrina do *stare decisis*, presente nos ordenamentos de origem anglo-saxã, não se aplica ao direito internacional. Contudo, o fato de que tal princípio não vigore no interior do ordenamento jurídico internacional não exclui a possibilidade de que um precedente possa ser considerado como direito³³⁶. Esta consideração, que pode parecer paradoxal num primeiro momento,

³³³ JENNINGS, 1967, p.342. Do original: “*judicial decision has become so important in the development of international law it is surprising that relatively so little has been done to elaborate principles governing the use of precedents in international law*”

³³⁴ HUDSON, 1943, p.627. Do original: “*its jurisprudence to date, the Court has not evolved a definite principle as to the weight which it will attach to its earlier judgments*”.

³³⁵ Segundo Shahabuddeen (1996, p. 9) um sistema de precedentes pode assim operar: “*A system of precedents may operate in one of several ways. At the risk of oversimplification, but, it is hoped, not of caricaturing, these may be summarised thus: such a system may authorise the judge to consider previous decisions as part of the general legal material from which the law may be ascertained; or, it may oblige him to decide the case in the same way as a previous case unless he can give a good reason for not doing so; or, still yet, it may oblige him to decide it in the same way as the previous case even if he can give a good reason for not doing so.*”

³³⁶ SHAHABUDEEN, 1996, p.106. Do original: “*A precedent may well be law even if stare decisis does not apply on the common law model*”

ganha significado ao se pensar que embora não vinculada por uma regra que necessariamente vincule à decisão anteriormente emitida, a Corte acaba por experimentar ocasiões em que se vê vinculada às decisões passadas. Nas palavras do juiz Guillaume, “a Corte toma em consideração suas decisões em prévios julgamentos”³³⁷. A explicação a este sutil e aparente paradoxo vem oferecida por Ian Brownlie quando considera que “a Corte não observa a doutrina do precedente mas esforça-se todavia para manter a consistência judicial”³³⁸. Reformulando a questão, Shabtai Rosenne assim coloca:

Direito internacional não possui nada como a regra do common law da força obrigatória dos precedentes judiciais (ou outros), a doutrina do stare decisis. De todo modo, na natureza das coisas, tribunais permanentes demonstram uma bem marcada tendência de “seguir” suas decisões prévias se isto é logicamente possível no caso em questão, e correspondentemente possuem pequena inclinação para partir de suas prévias decisões se isto pode logicamente ser defendido³³⁹.

Rosenne é bastante pontual ao apontar outra tendência da Corte que é aquela de partir (*depart*) de suas próprias decisões, concedendo a estas uma redobrada autoridade, escapando dos termos do artigo 38. Esta tendência pode ser aferida com um duplo viés: aquela de elemento subsidiário autoritativo bem como um elemento de coerência interna da própria instituição. Evitar a contradição e a incoerência entre suas decisões é uma importante diretriz para um órgão jurisdicional internacional³⁴⁰. Como aponta Pellet, “mesmo não obrigada a aplicar os

³³⁷ GUILLAUME, Gilbert. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 2, n. 1, 2011, p. 13. Do original: “*The Court nevertheless takes full account of its previous decisions in its judgments*”.

³³⁸ BRONWILIE, 1998, p. 21.

³³⁹ ROSENNE, 2001, p. 68. Do original: “*International law has nothing like the common law rule of the binding force of judicial (or other) precedents, the doctrine of stare decisis. However, in the nature of things, standing tribunals show a well-marked tendency to “follow” their previous decisions if that is logically possible in the later case, and correspondingly little inclination to depart from previous rulings if that can logically be defended*”.

³⁴⁰ De igual modo pode-se referenciar a BROWN, L.N.; JACOBS, F.G. **The Court of Justice of the European Communities**. Londres: Sweet & Maxwell,

precedentes, a Corte é frequentemente cautelosa em evitar autocontradição”³⁴¹.

A contradição de matérias decididas parece ser uma prática bastante nociva aos órgãos jurisdicionais internacionais vez que estes dependem necessariamente da vontade dos Estados para sua participação. Um órgão jurisdicional como a Corte Internacional de Justiça se, numa situação hipotética, começa a efetivar a tendência de emitir decisões que destoem entre si acaba por enfraquecer os motivos que levam os Estados a ela recorrerem. Nessa linha de pensar é possível considerar o fato que os juízes atuais não são os mesmos juízes que ocupam o posto na Corte há dez, vinte anos atrás, havendo uma constante renovação do corpo judicante. Uma das maneiras pelas quais se cria uma estabilidade, mesmo com a renovação, é a referência e a consideração de decisões passadas. Sob esta ótica, Guillaume oferece alguns elementos que a Corte deve manter:

Todo sistema de direito requer um mínimo de certeza, e todo sistema de solução de controvérsias um mínimo de previsibilidade. Além disso, esses sistemas presumem que pessoas em situações comparáveis são tratadas de maneira comparável. O precedente age um papel insubstituível a este respeito. Para as partes é a garantia de certeza e equidade de tratamento³⁴².

1989, p. 311): *“It is a fundamental principle of the administration of justice that like cases should be decided alike. Inconsistency in judicial decisions affronts even the most elementary sense of justice. In this sense the principle of stare decisis, of abiding by previous decisions, figures prominently in most legal systems, including those of all the Member States of the Communities.”*

³⁴¹ PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT, C., OELLERS-FRAHM, K. (Org.), **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary**, 2. ed., Oxford, OUP, 2012, p.785. Do original: *“Even though it is not bound to apply the precedents, the Court is usually careful in avoiding self-contradiction”*.

³⁴² GUILLAUME, 2011, p. 6. Do original: *“Any system of law requires a minimum of certainty, and any dispute settlement system a minimum of foreseeability. Furthermore, these systems assume that persons in comparable situations are treated as comparable. Precedent plays an irreplaceable role in this respect. For the parties it is the guarantor of certainty and equality of treatment”*.

Certeza, previsibilidade e equidade afirma Guillaume. Três importantes elementos que devem estar presentes num sistema jurídico, num sistema jurídico que utilize de órgãos de solução de controvérsias. Contudo, por viés distinto, a depender do grau em que esses elementos estejam presentes num ordenamento é capaz de enrijecê-lo e, de certo modo, torná-lo ineficaz enquanto sistema. Guillaume responde a esta objeção:

Seguir constantemente os precedentes também congela o direito, e evita que este progrida de acordo com as novas demandas da sociedade. Um equilíbrio deve ser encontrado pelo juiz e pelo árbitro entre a necessidade de certeza e a necessária evolução do direito³⁴³.

Nos trechos referenciados de Guillaume é possível notar o papel importante que os precedentes desempenham nesta dinâmica e na concretização de certeza, previsibilidade e equidade. Ainda sobre a autoridade do precedente é interessante citar o famoso ensaio de Max Sorensen “*Les Sources du Droit International: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*” no qual ele afirma

A autoridade do precedente reside no fato de ser uma decisão emanada por uma órgão competente, com força obrigatória para as partes, suas relações jurídicas. Esta decisão gera entre os membros da comunidade submetida a uma jurisdição internacional a convicção que uma questão análoga será decidida de uma maneira análoga em virtude de considerações objetivas segundo as quais são fundadas os julgamentos³⁴⁴.

³⁴³ GUILLAUME, 2011, 6. Do original: “*Yet to constantly follow precedent also freezes the law, and prevents it from progressing according to new demands of society. A balance must be found for the judge and arbitrator between the necessary certainty and the necessary evolution of the law.*”

³⁴⁴ SORENSEN, 1946, p.175. Do original: “*L'autorite du precedent reside dans le fait que c'est une decision par un organe competent a definir, avec force obligatoire pour les parties, leurs rapports juridiques. Cette decision engendre parmi les membres de la communaute soumis a une juridiction internationale, la conviction qu'une question analogue sera decidee d'une maniere analogue en vertu des considerations objectives sur lesquelles sont fondees les jugements*”.

O elemento que Sorensen traz sub-repticiamente em seu texto é exatamente aquele de uma comunidade submetido a uma determinada jurisdição internacional. Significa dizer, portanto, que a submissão a uma determinada jurisdição internacional (e aqui pode-se pensar, por exemplo, na cláusula optativa de jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça) significa também submeter-se ao conjunto de decisões que está determinada jurisdição considera como dotada de maior importância, motivo pelo qual as decisões devem, portanto, não serem fontes de autoridade *por si só*, mas sim porquanto carregam um raciocínio jurídico que será adotado de forma símile em caso de símile aparição.

Como aponta Nil Petersen, o caráter autoritativo de uma determinada decisão judicial ou seu caráter de “norma criada” depende da legitimidade e da aceitabilidade de um determinado julgamento³⁴⁵. Desta afirmação depreende-se que a autoridade de uma determinada decisão enquanto decisão futura não existe somente porque a decisão foi emanada por um órgão competente mas porque carrega em seu bojo a autoridade de um raciocínio jurídico cuja legitimidade permite uma aceitabilidade futura.

No âmbito da Corte Internacional de Justiça observa-se – como já referenciado – uma prática bastante frequente de referência a decisões anteriores. Contudo esta prática não é uniforme e acontece de maneiras diferentes. A Corte é bastante reticente, em verdade, em partir diretamente de seus julgamentos e a partir deles estabelecer normas³⁴⁶. A Corte, em verdade, desenvolveu distintas maneiras de referenciar-se à anteriores decisões ou conteúdos. Segundo Fitzmaurice, a própria fraseologia escolhida pela Corte muitas vezes reflete conteúdos previamente decididos sem que haja uma expressa previsão ou referência à um determinado julgado³⁴⁷. Para o autor, existe uma

³⁴⁵ PETERSEN, 2011, p. 1300

³⁴⁶ JACOB, 2011, p.1029.

³⁴⁷ FITZMAURICE, Gerald. **The Law and Procedure of the International Court of Justice**. Cambridge: Cambridge Press, 1986, p. 583. Do original: “*It is evident that the phraseology of certain passages in the statements of the Court, and of individual Judges, is not infrequently taken from, or reflects, language used in previous decisions that are not actually mentioned, and in these cases it is usually clear that something like a constant practice (a 'jurisprudence constante') exists, by which the Court regards itself as de facto bound*”.

“*jurisprudence constante*” por parte da Corte na sua maneira de agir e de silenciosamente utilizar-se do corpo de decisões passados.

Outra questão bastante solevada nos debates sobre o uso de precedentes na Corte Internacional de Justiça é o fato de não existirem muitas decisões da Corte, motivo pelo qual cada decisão é única, substancialmente trabalhada e acaba ganhando uma redobrada autoridade. Isto sem desconsiderar a continuidade jurisprudencial entre a Corte Permanente de Justiça Internacional e a Corte Internacional de Justiça, o que amplia o número de decisões às antigas práticas que se desenrolavam ao longo do século XX. Fala-se de continuidade entre os sistemas e de continuidade jurisprudencial exatamente porque a Corte assim trata, fazendo com frequência referências aos princípios bem estabelecidos nos julgados daquela antiga Corte³⁴⁸. Essa continuidade entre as jurisdições reforça o papel do precedente sobretudo num âmbito de pluralidade de jurisdições. Nas palavras de Guillaume o precedente é um instrumento que pode contribuir para “a organização de um sistema jurisdicional descentralizado, como o que existe no direito internacional”, de maneira que o autor ainda argumenta que “o recurso ao precedente é uma necessidade”³⁴⁹.

Nesse contexto, por conta de sua atividade solene, por conta de sua longa história de ser a mais antiga jurisdição internacional, por ser o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas, a atividade da Corte Internacional de Justiça em relação às suas próprias decisões ganha um papel de relevo que merece a análise, cuja influência se espalha não somente no âmbito da Corte.

³⁴⁸ SHAHABUDEEN, 1996, pp.22-23. Do original: “*The system begun under the Permanent Court of International Justice continued to operate under the International Court of Justice. [...] By contrast, although the International Court of Justice is institutionally distinct from the Permanent Court of International Justice, the continuity in the jurisprudence of the two bodies has always been clear. [...] The passage from one Court to another does not, therefore, represent a jurisprudential break*”.

³⁴⁹ GUILLAUME, 2011, p.23. Do original: “*At the heart of each jurisdiction and each arbitration system, precedent is certainly a guarantee of certainty and equality in treatment of litigants. It is thus indispensable to rely on it in new branches of law where the norm is yet uncertain. Furthermore, it is an instrument that is privileged in dialogues by judges and arbitrators and can, to this effect, contribute to the organization of a decentralized jurisdictional system, such as the one existing in international law. For these two reasons, recourse to precedent is a necessity*”.

Uma vez traçadas as linhas gerais que circunscrevem o debate sobre o uso de precedentes ou o uso autoritativo de suas próprias decisões no seio da Corte Internacional de Justiça, passa-se então à análise das próprias decisões da Corte relativa a este mesmo uso autoritativo.

4.2 DECISÕES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA OUTORGANDO AUTORIDADE ÀS DECISÕES JUDICIAIS.

Uma das primeiras ocasiões em que a Corte realizou uma referência a um julgamento anterior foi no caso *Mavrommatis Palestine Concession*, cuja decisão foi exarada em agosto de 1924. Neste caso, a Turquia foi à Corte contra a Grã-Bretanha no escopo de proteger os interesses de um de seus nacionais no âmbito do direito internacional. O caso é plenamente reconhecido por ser um dos primeiros casos de representação diplomática, no qual a Corte sedimentou o seguinte princípio:

It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law³⁵⁰.

Independente da contribuição desta decisão ao direito internacional material pode-se também referenciar ao fato que a Corte referiu-se diretamente a uma opinião consultiva proferida no ano anterior, qual seja, aquela da *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*³⁵¹, emanada em 1923. Em verdade, a referência neste caso não ocorreu concedendo autoridade do julgamento, mas sim realizando uma distinção daquele caso, como bem se nota no excerto a seguir:

It is true that in Advisory Opinion No. 4 regarding the Nationality Decrees in Tunis and Morocco

³⁵⁰ CPJI, Série A, N° 2, 1924, p. 12.

³⁵¹ CPJI, Série B, B° 4, 1923.

(French Zone), the Court, which had to take a decision upon a plea to the jurisdiction, declared that the jurisdiction of the Council of the League of Nations must be considered to exist provided that the legal grounds (titres) of an international character advanced by the Parties are such as to justify the provisional conclusion that they are of juridical importance for the dispute.

In that case, the plea was made under paragraph 8 of Article 15 of the Covenant and was directed against the very general jurisdiction given by the first paragraph to the Council of the League of Nations covering all disputes likely to lead to a rupture. Whereas in the present case, the objection to the Court's jurisdiction taken by the British Government relates to a jurisdiction limited to certain categories of disputes, which are determined according to a legal criterion (the interpretation and application of the terms of the Mandate), and tends therefore to assert the general rule that States may or may not submit their disputes to the Court at their discretion³⁵².

Interessante notar como a Corte explicou e concedeu autoridade á uma prévia decisão (aquela no caso Morocco) e, em seguida, teceu as razões pelas quais aquela decisão não se aplica no caso em questão. Este exercício de distinção dentro do sistema do common law é chamado de distinguishing, e, segundo Shahabuddeen é uma das grandes marcas do sistema de precedentes³⁵³.

Não se pode afirmar definitivamente, contudo, que com este julgamento a Corte confira autoridade às suas próprias decisões. Porém, ao se considerar que num de seus primeiros casos já existe esse exercício de autorreferencia seguido de uma explicação pela qual a Corte não utiliza seus julgamentos é possível afirmar aí a existência desse exercício.

Outro caso que merece atenção ocorrido no âmbito da Corte Permanente de Justiça Internacional – a qual já foi salientada a linha de continuidade com a atual Corte – é aquele ocorrido no caso da opinião

³⁵² CPJI, Série A, N° 2, 1924, pp. 16-17.

³⁵³ SHAHABUDEEN, 1996, p. 16.

consultiva *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement*, de 1928 em que a Corte expressamente consignou:

In view of this conclusion, and following the precedent afforded by its Advisory Opinion No. 3 regarding one aspect of the competence of the International Labour Organization in which the Court had to alter the terms of the question put in order to be able to reply thereto, the Court considers that it may express the points on which, in substance, its opinion is now required, as follows³⁵⁴: (grifo nosso)

Neste caso, duas são as considerações a serem realizadas. A primeira é o uso expresso da palavra “precedente” que, de maneira inegável, concede autoridade à decisão previamente estabelecida. Ainda que se argumente que o uso do termo “precedente” tenha sido utilizado com mero efeito retórico, sem conferir uma autoridade que efetivamente goze um precedente no âmbito internacional, este uso retórico é uma maneira de ilustrar este caráter autoritativo.

Outro exemplo de relevante monta é aquele ocorrido na opinião consultiva *Monastery of Saint-Naoum*, em que existe uma expressa referência ao trabalho prévio da Corte na opinião consultiva anterior:

In Advisory Opinion No. 8 concerning the affair of Jaworzina, the Court, in a question closely resembling that of Saint-Naoum, stated the general legal considerations determining the nature and effects of a decision of this kind. The Court now refers to this opinion³⁵⁵.

No excerto acima a Corte deixa bastante claro que em questões similares aplicará decisões similares, afirmando inclusive que já definiu “considerações jurídicas gerais” sobre a questão.

Em sua obra *Precedent in World Court*, Shahabuddeen analisa pormenorizadamente o uso da velha Corte de suas próprias decisões³⁵⁶, demonstrando que de maneiras distintas existe um frequente uso de decisões nos quais a Corte se apoia e parte como pressuposto dos julgamentos futuros; bem como exatamente porque faz este exercício se preocupa em realizar distinções pontuais dos julgamentos anteriores.

³⁵⁴ CPJI, Série B, Nº 16, p.15.

³⁵⁵ CPJI, Série B, Nº 09, 1924, p.15.

³⁵⁶ SHAHABUDDEEN, 1996, p.16-18.

Segundo Shahabuddeen, tal prática da Corte Permanente não foi obliterada quando da passagem à Corte Internacional de Justiça. Para o autor este é mais um dos elementos que evidenciam a continuidade entre as instituições: a frequente referência a um imperfeito sistema de precedentes³⁵⁷. Passa-se então à análise dos relevantes julgamentos da Corte Internacional de Justiça que oferecem alguma reflexão em particular para este trabalho, já se partindo do pressuposto que existe uma continuidade da prática acima apontada.

Numa das primeiras ocasiões em que realizou esta referência ao que previamente estabelecido em decisões anteriores, a Corte Internacional de Justiça, decidindo sobre a questão da admissibilidade de uma opinião consultiva, ou seja, uma questão essencialmente endoprocessual³⁵⁸, depositou o fundamento de seu raciocínio num julgado anterior, como aqui se nota:

A first objection is founded on the argument that the making of an objection to a reservation made by a State to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide constitutes a dispute and that, in order to avoid adjudicating on that dispute, the Court should refrain from replying to Questions I and II. In this connection, the Court can confine itself to recalling the principles which it laid down in its Opinion of March 3th, 1950 (I.C.J. Reports 1950, p. 71)³⁵⁹.

Em outra ocasião, tangenciando questões endoprocessuais, a Corte referenciou-se à sua “*settled jurisprudence*”, ou seja, à sua jurisprudência decidida, pacificada, quando do caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, cuja sentença de 1980 assim dispôs:

Nevertheless, in accordance with its settled jurisprudence, the Court, in applying Article 53 of its Statute, must first take up, proprio motu, any preliminary question, whether of admissibility or

³⁵⁷ SHAHABUDEEN, 1996, p.22-23.

³⁵⁸ Sobre a questão, Shahabuddeen (1996, p. 18) evidencia que “*The idea of precedents applies not only to the substantive law, but also to procedural law. On procedural questions, the Court would consult its previous decisions, published or unpublished*”.

³⁵⁹ I.C.J. Reports, 1951, p.19.

of jurisdiction, that appears from the information before it to arise in the case and the decision of which might constitute a bar to any further examination of the merits of the Applicant's case³⁶⁰.

E ainda, na mesma decisão, numa segunda ocasião: “[...] if the Court were, contrary to its settled jurisprudence, to adopt such a view, it would impose a far-reaching and unwarranted restriction upon the role of the Court in the peaceful solution of international disputes”³⁶¹.

É bem verdade que o caso referenciado evidencia o uso autoritativo do corpo de decisões (*settled jurisprudence*) numa questão processual de admissibilidade. Ainda assim, este uso autoritativo demonstra a prática da Corte em conceber um corpo de decisões sobre uma determinada matéria que é capaz de ser invocado em casos futuros e contra o qual as decisões futuras não devam ser contrárias. A segunda passagem, em especial, demonstra um elemento importante que a Corte leva em consideração e elenca a hipótese de não seguir sua “*settled jurisprudence*”, qual seja aquele do papel que a Corte possui na resolução pacífica de disputas internacionais. Este é um elemento importante salientado pela Corte exatamente pelo fato da Corte compreender que o seguir de uma jurisprudência, a coerência de suas decisões e, de certa forma, o elemento previsibilidade anteriormente salientado pelo juiz Guillaume, pode gerar uma diminuição dos conflitos a si submetidos para resolução.

Um dos casos que vem de maior maneira referenciado pela bibliografia especializada é o *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*³⁶², julgado em 1998. Nele existe uma das raras referências da Corte à limitação imposta pelo artigo 59 de seu Estatuto, nos seguintes termos:

Nigeria nonetheless contests that conclusion pointing out that, in accordance with Article 59 of the Statute, "[t]he decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case". Thus, judgments given earlier, in particular in the case concerning Right of Passage over Indian Territory, "clearly

³⁶⁰ I.C.J. Reports, 1980, p.18.

³⁶¹ I.C.J. Reports, 1980, p.20.

³⁶² I.C.J. Reports, 1998.

[have] no direct compelling effect in the present case'.

It is true that, in accordance with Article 59, the Court's judgments bind only the parties to and in respect of a particular case. There can be no question of holding Nigeria to decisions reached by the Court in previous cases. The real question is whether, in this case, there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases³⁶³.

A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça até então não tinha encontrado uma formulação teórica direta acerca do uso dos precedentes. Em 1998 a Corte de maneira explícita e inovadora decidiu que para que não se siga as “razões (argumentos) e as conclusões” anteriormente atingidas pela Corte é necessário que exista razões para tal. Trata-se, portanto, de uma clara referência talvez não ao uso obrigatório de precedentes, mas ao exercício de distinção (*distinguishing*) por parte da Corte.

Na década de 70, no célebre caso *Barcelona Traction*, a Corte abordou o problema das decisões judiciais enquanto argumentos utilizados pelas partes da seguinte maneira:

Nevertheless, during the course of the proceedings both Parties relied on international instruments and judgments of international tribunals concerning these two specific areas. It should be clear that the developments in question have to be viewed as distinctive processes, arising out of circumstances peculiar to the respective situations. To seek to draw from them analogies or conclusions held to be valid in other fields is to ignore their specific character as *lex specialis* and hence to court error.

The Parties have also relied on the general arbitral jurisprudence which has accumulated in the last half-century. However, in most cases the decisions cited rested upon the terms of instruments establishing the jurisdiction of the tribunal or claims commission and determining what rights might enjoy protection; they cannot

³⁶³ I.C.J. Reports, 1998, p. 292.

therefore give rise to generalization going beyond the special circumstances of each case³⁶⁴.

A última frase do trecho acima selecionado aporta outro importante elemento que se soma à discussão: a capacidade de decisões ultrapassarem os limites e circunstâncias especiais do caso específico que está sob análise. Ou seja, o que decidido e as razões que levaram a uma determinada decisão para que possam contribuir de uma maneira decisiva à decisão futura de outro tribunal internacional deve de alguma maneira transcender os limites específicos da questão, podendo de alguma forma contribuir outro tribunal futuro³⁶⁵.

Sintetizando o papel da Corte Internacional de Justiça em relação às suas próprias decisões, assim entende Shahabuddeen:

Com efeito, partindo do pressuposto da própria Corte, o direito como colocado numa decisão é observado como parte do direito internacional; ele portanto é aplicado a todos os Estados sejam eles ou não partes no caso particular. Não é uma questão então se a decisão *per se* se aplica como um precedente obrigatório, mas se o direito no qual a decisão está estabelecida é observada como parte do direito internacional³⁶⁶

A concepção acima estribada por Shahabuddeen em muito se aproxima daquela que compreende a Corte enquanto uma relevante

³⁶⁴ I.C.J. Reports, 1970, p.40.

³⁶⁵ A Corte assumiu semelhante posição no caso *Diallo* (I.C.J. Reports, 2010, p.639) em que assim entendeu: “*Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled*”.

³⁶⁶ SHAHABUDEEN, 1996, p.109. Do original: “*In effect, seen from the point of view of the Court itself, the law as stated in a decision is regarded as part of international law; it thus applies to all States whether or not parties to the particular case. It is not then a question whether the decision per se applies as a binding precedent, but whether the law which it lays down is regarded as part of international law.*”

formadora do direito internacional costumeiro. A diferenciação esteja talvez que a própria decisão seja considerada parte do direito internacional, ponto este de partida das análises da Corte.

Dos excertos analisados, verifica-se a prática da Corte em conceder autoridade às suas próprias decisões, bem como a possibilidade de conceder autoridade a outros tribunais internacionais. Passa-se então à compreensão de que maneira a Corte efetivamente realiza um processo de *lawmaking*.

4.3 LAWMAKING NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O uso autoritativo das decisões por parte da Corte Internacional de Justiça, como se verificou, encerra alguns importantes desdobramentos. Um destes desdobramentos coliga-se de maneira cardinal ao objeto deste trabalho que é a capacidade das decisões da Corte efetivamente criarem direito internacional, ou seja, agirem enquanto fontes do direito internacional. Utilizando-se da expressão inglesa o termo *lawmaking* serve aqui como expressão desta atividade criadora de normas por parte da Corte.

Muito se debateu ao longo deste trabalho sobre os limites criativos de uma decisão judicial, o campo de tensão entre a vontade exclusivamente estatal e a capacidade da Corte de criar normas. Neste trecho pretende-se examinar de que maneira a Corte vem efetivamente criando normas internacionais através de alguns pontuais exemplos.

Todavia algumas ponderações teóricas devem ser realizadas a fim de balizar o problema do *lawmaking* realizado pela Corte Internacional de Justiça. Afinal, *lawmaking* significa afirmar que a Corte age como legislador? Que o poder delegado a ela na resolução de um caso concreto se expande a toda a comunidade numa norma imperativa? Segundo Shahabuddeen, “é um exagero sugerir que a Corte é um legislador, e é também um exagero afirmar que ela não cria nenhum tipo de direito”³⁶⁷.

Um primeiro questionamento que pode ser encetado é aquele de compreender no que exatamente consiste a atividade de *lawmaking*. Seria a criação de normas gerais que valessem a todos os membros de um determinado ordenamento? Seria a criação de obrigações específicas? O aprimoramento de uma determinada interpretação na qual uma determinada norma irá se basear?

Segundo Niels Petersen, são necessários para a caracterização do *lawmaking*, quais sejam a observação de um desenvolvimento do direito existente e que este desenvolvimento tenha de ter sido causado pela decisão da Corte³⁶⁸. Para o autor,

³⁶⁷ SHAHABUDDEN, 1996, 86. Do original: “*It is of course an exaggeration to suggest that the Court is a legislator; it is also an exaggeration to assert that it cannot create any law at all*”.

³⁶⁸ PETERSEN, 2011, p.1295. Do original: “*If you want to analyze the lawmaking of the World Court, you must first define what lawmaking is. There are two elements to the definition: First, we have to observe a development in the law. The law on a particular matter has to be different in point t2 than it*

Um desenvolvimento no direito ocorre quando o direito é efetivamente diferente num ponto t2 do que era num ponto t1. Para observar um desenvolvimento no direito, nós temos então que definir como o direito é concebido e como medir o estado do direito num ponto específico t³⁶⁹.

Diante desta concepção, pode-se afirmar ser necessário que ocorra uma verdadeira consideração do direito ou de determinadas normas após a decisão da Corte através de um critério temporal: direito antes e direito depois da decisão. Embora possa parecer demasiado simples, a ideia de *lawmaking* esboçada por Petersen pode ser sofisticada ao se adicionar um elemento de criatividade não esboçado anteriormente numa norma. Significa dizer que para que ocorra o *lawmaking* pela Corte é necessário que um elemento distinto deva ser inserido no conjunto além da mera diferenciação temporal do direito.

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 é a interpretação mais defensável, acaba por fornecer uma contribuição ao direito, vez que acerca daquela exata temática tende a eliminar possíveis discussões³⁷⁰.

Uma dos mais proeminentes casos em que a Corte reconhecidamente exerce um papel de *lawmaking* ocorre no caso *Barcelona Traction*, cuja sentença foi emanada em 1970. Cuida-se de caso envolvendo uma empresa que, constituída no Canada, tendo ali sua sede social e, portanto, estando sob suas leis, operava na Espanha e possuía como maioria de seus acionistas belgas. Após a Guerra Civil

was in point t1. Second, this development has to be caused by a judgment of the ICJ”.

³⁶⁹ PETERSEN, 2011, p. 1296. Do original: “*A development of the law occurs when the law is actually different in point t2 than it was in a prior point t1. To observe a development in the law, we thus have to define what the law is conceptually and how we measure the state of the law in a specific point t*”.

³⁷⁰ 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*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, p. 1068.

Espanhola, a empresa Barcelona Traction necessitava de uma autorização das autoridades espanholas para importar capital estrangeiro para realizar o serviço. As autoridades espanholas se negavam a conceder tal autorização, dificultando o funcionamento da empresa. A empresa foi a falência e foi-lhe apontada três diretores espanhóis. Como a grande maioria dos acionistas era de nacionalidade Belga, a Bélgica através do instituto da proteção diplomática iniciou um procedimento perante a Corte. A grande questão solevada neste caso era a possibilidade da Bélgica figurar perante a Corte para proteger seus nacionais.

When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes³⁷¹.

A Corte portanto cria uma nova “categoria” de obrigações sem fazer expressa referência à base normativa que lhes assiste³⁷² a existência. Segundo Niels Petersen esta é a primeira vez que se utiliza o termo “obrigações *erga omnes*” no plano jurídico internacional, não

³⁷¹ I.C.J. Reports, 1970, p.32.

³⁷² I.C.J. Reports, 1970, p.32: “Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”.

havendo outros casos, tratados, normas ou mesmo obras acadêmicas que abordassem este gênero de obrigação³⁷³, de maneira que esta inovação da Corte pode vir a ser considerada enquanto *lawmaking* no direito internacional, sendo inclusive citada posteriormente como um precedente³⁷⁴. O autor pondera esse ato, contudo, demonstrando a existência de uma série de normas e construções doutrinárias – sobretudo de cunho de obrigações relativas a direitos humanos – que evidencia a “base material” na qual a Corte se fundou para estabelecer este conceito. Ou seja, ela não trabalha ante um *vacuum* de normatividade mas, ao contrário, parece condensar elementos na composição de uma nova categoria normativa. Importa frisar que em dois casos posteriores a Corte reutiliza este conceito (Caso *East Timor*³⁷⁵ e na opinião consultiva *Wall*, que será posteriormente analisada). Ademais, o termo referenciado pela Corte não vem utilizado tão somente na sua jurisprudência mas começa a ser utilizado no âmbito do debate acadêmico bem como no interior das discussões de fóruns internacionais³⁷⁶, demonstrando que existe uma continuidade no conceito desenvolvido e formulado pela Corte.

Ainda quanto ao caso *Barcelona Traction* pode-se falar em duas outras importantes contribuições da Corte além do desenvolvimento de obrigações *erga omnes* que se espraiam a todos os membros da comunidade internacional. Resolvendo a questão de mérito do litígio, a Corte considerou inadequada a proteção diplomática exercida por parte da Bélgica em virtude da nacionalidade *de facto* dos acionistas da empresa. Segundo a Corte, é o país em que situada e incorporada a empresa que cria o vínculo o qual poderá se valer a proteção diplomática internacional³⁷⁷. Através desta decisão a Corte, não observando qualquer

³⁷³ PETERSEN, 2011, p.1305.

³⁷⁴ Conforme SHAHABUDEEN (1996, p.27): “*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, is one of many cases in which a principle was stated and simply followed by the citation of a relevant precedent set by the Court itself*”.

³⁷⁵ I.C.J. Reports, 1995, para.29.

³⁷⁶ PETERSEN, 2011, p.1308.

³⁷⁷ Nas palavras da Corte: “*As to the Belgian Government, its earlier action was also undertaken in close CO-operation with the Canadian Government. The Belgian Government admitted the Canadian character of the company in the course of the present proceedings. It explicitly stated that Barcelona Traction was a company of neither Spanish nor Belgian nationality but a Canadian company incorporated in Canada. The Belgian Government has even conceded*

outra norma previamente estabelecida, cria um novo critério para que se possa interpretar a proteção diplomática de empresas no âmbito internacional, sendo esta também uma importante contribuição desta decisão³⁷⁸. A importância desta decisão da Corte Internacional de Justiça não repercutiu tão somente no interior de suas próprias decisões, mas também outros tribunais internacionais utilizam-na como paradigma, como bem menciona Alain Pellet acerca do uso das decisões da Corte no âmbito do ICSID³⁷⁹.

A função contenciosa da Corte Internacional de Justiça não ocupa de maneira solene a exclusividade dos trabalhos da Corte. Prevista no artigo 65³⁸⁰ e seguintes do Estatuto da Corte, a possibilidade da Corte emitir pareceres consultivos para um rol de taxativos de organismos internacionais³⁸¹ é uma importante função que a Corte desempenhou e ainda na contemporaneidade desempenha³⁸².

À importância da função consultiva da Corte se verifica exatamente porquanto da umbilical relação que esta função assume junto à Organização das Nações Unidas permitindo que questões jurídicas originadas no interior desta organização possam ser resolvidas pela Corte sem um procedimento contencioso, mas sim através de um

that it was not concerned with the injury suffered by Barcelona Traction itself, since that was Canada's affair" (I.C.J. Reports, 1970, p.43).

³⁷⁸ PELLET, 2013, p.234.

³⁷⁹ O ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes – é um órgão de resolução de controvérsias internacionais nascido no seio do Banco Mundial que se ocupa exclusivamente da resolução de litígios relativos a investimentos internacionais. Para uma análise completa da influência dos casos da Corte no ICSID ver PELLET, Alain. *The Caselaw of the ICJ in Investment Arbitration*. **ICSID Review**, v. 28, n. 2, 2013, p. 223-240.

³⁸⁰ Na dicção do referido artigo: *"The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request"*.

³⁸¹ O artigo 96 da Carta da Organização das Nações Unidas assim dispõe: *"Article 96. a. The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question. b. Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities"*

³⁸² Nesse sentido, ver HAMBRO, Edvard. *The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice*. **International and Comparative Law Quarterly**, n. 3, 1954, p. 21.

procedimento aberto em que todos os interessados na questão possam se posicionar. Nessa linha de pensar pode-se utilizar as palavras do juiz Eduardo Jiménez de Aréchaga, em que afirma que “a contribuição da Corte para o desenvolvimento do direito da Carta da ONU foi realizado principalmente, mas não exclusivamente, através do exercício de suas funções consultivas”³⁸³.

Uma importante deve ser observada no caso das opiniões consultivas exatamente a ausência da limitação do artigo 59 do Estado porque não existem “partes” no contencioso. Uma questão controvertida em âmbito doutrinário³⁸⁴ é saber se a dicção do artigo 38, d, “decisões judiciais” incluiria ou não as decisões emitidas através da função consultiva da Corte. Na atualidade, este termo permite uma abrangência maior e, por consequência, a inclusão das opiniões consultivas como fontes a serem consideradas, subsidiariamente pela corte³⁸⁵.

Mas a questão que se coloca aqui é distinta e pode ser transcrita da seguinte maneira: através das opiniões consultivas a Corte desenvolve ao direito internacional ou esta é uma exclusividade dos casos contenciosos? A resposta a este questionamento conduz ao exame de alguns casos em que a opinião consultiva proferida pela Corte ganhou notório relevo.

Um dos primeiros e mais referenciados casos em que a Corte realizou uma atividade criativa foi no caso *Reparation for Injuries*³⁸⁶, em que a Corte reconheceu a capacidade de uma organização

³⁸³ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. The work and the jurisprudence of the international court of justice 1947-1986. **British Yearbook of International Law**, n. 58, 1988. p. 31-38. Do original: “*The contribution of the Court to the development of the law of the UN Charter has been made principally, but not exclusively, through the exercise of its advisory functions.*”

³⁸⁴ SHAHABUDEEN, 1996, p.165.

³⁸⁵ Nesse sentido, LAUTERPACHT (1958, p. 22) afirma: “*It is in their intrinsic power, and not in the fourth sub-paragraph of Article 38, paragraph 1 of the Statute - which by referring to 'decisions' might seem to exclude, inadvertently, Advisory Opinions - that lies the source of the authority of the Court's pronouncements and the explanation of their actual influence. The Statute by itself cannot give life to a source of law which circumstances do not permit to become effective.*”

³⁸⁶ I.C.J. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, I.C.J. Reports 1949, p. 170 ss. O caso também é referenciado na bibliografia como Caso Bernadotte, em virtude de ocupar o protagonismo do incidente do Conde e representante da Organização das Nações Unidas, senhor Folke Bernadotte, falecido num atentado em Israel.

internacional realizar uma reclamação (*claim*) contra um Estado. Como argumento de fundo, a Corte afirmou que

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 States³⁸⁷.

Vale lembrar que à época ainda existia uma forte discussão acerca da personalidade jurídica das organizações internacionais e dos limites aos seus poderes. Com este argumento acima estribado a Corte encerra a discussão acerca da subjetividade jurídica das organizações internacionais³⁸⁸ e, no caso em discussão, acaba por conferir direitos à organização internacional (de realizar reclamações) sem que houvesse uma prévia previsão em tratados internacionais desta possibilidade³⁸⁹. Isto porque, segundo a Corte “under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication, as being essential to the performance of its duties”³⁹⁰.

Ante esse trecho pode-se afirmar que a Corte interpretou de maneira efetivamente criativa o direito internacional vigente vez que, em seu lugar, poderia ter assumido uma posição bastante mais restritiva,

³⁸⁷ I.C.J Reports 1949, p.179.

³⁸⁸ Neste sentido, ARÉCHAGA (1998, p. 2): “Among the Court's advisory opinions a prominent place must be assigned to the opinion delivered in 1949 on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. In that case the Court, breaking new ground, admitted that, besides States, there are other subjects of international law. Rejecting the traditional view which reserved to States the monopoly of international personality, it recognized that States, in order to conduct and intensify their cooperation, have found it necessary to create new legal subjects possessing rights and duties directly emanating from international law.”

³⁸⁹ Nos termos da própria Corte “The Charter does not expressly confer upon the Organization the capacity to include, in its claim for reparation” (I.C.J. Reports, 1949, p.182).

³⁹⁰ I.C.J. Reports 1949, p. 182.

denegando à possibilidade da Organização realizar um pedido de reclamação em virtude da ausência de expressa previsão na carta. Com base nesta opinião consultiva a reclamação por reparação da ONU em relação a Israel encontrou sucesso³⁹¹ e tal prática sedimentou a ideia da possibilidade dos “poderes implícitos” das organizações internacionais em cumprirem seus objetivos. Pode-se falar, portanto, de uma atividade verdadeiramente criativa por parte da Corte quando estabelece “novos direitos”, por assim dizer, anteriormente não previstos mas oriundos de uma interpretação jurídica realizada pela Corte.

No ano de 1962 a Corte decidiu outra importante questão diretamente relacionada à interpretação da Carta e relacionada às atividades da organização. Questionada pela Assembleia Geral, o escopo do parecer seria verificar se duas operações de paz realizadas no âmbito da organização entrariam ou não na descrição do artigo 17, parágrafo 2 da Carta, consistindo uma “despesa” relacionada aos “objetivos da organização”. Em seu parecer, a Corte consignou que:

At the outset of this opinion, the Court pointed out that the text of Article 17, paragraph 2, of the Charter could lead to the simple conclusion that "the expenses of the Organization" are the amounts paid out to defray the costs of carrying out the purposes of the Organization. It was further indicated that the Court would examine the resolutions authorizing the expenditures referred to in the request for the advisory opinion in order to ascertain whether they were incurred with that end in view. The Court has made such an examination and finds that they were so incurred. The Court has also analyzed the principal arguments which have been advanced against the conclusion that the expenditures in question should be considered as "expenses of the Organization within the meaning of Article 17, paragraph 2, of the Charter of the United Nations", and has found that these arguments are unfounded. Consequently, the Court arrives at the conclusion that the question submitted to it in

³⁹¹ OELLERS-FRAHM, Karin. Lawmaking Through Advisory Opinions? *German Law Journal*, 2011, p. 1041-1042.

General Assembly resolution 1731 (XVI) must be answered in the affirmative³⁹².

Com esta decisão, gera-se a importante conclusão que, estando prevista no artigo 17, parágrafo 2, é uma despesa que deve ser suportada por todos os seus membros na dotação orçamentária. Com esta decisão, portanto, a Corte cria um importante precedente – mais uma vez sem uma necessária confrontação contenciosa – de que as despesas com missões de paz são efetivamente despesas que serão suportadas por não um, não apenas os envolvidos, mas todos os membros da organização. Mais uma vez ao se utilizar o raciocínio reverso e realizar o questionamento: a Corte poderia ter decidido de maneira distinta, limitando sua atividade de criação? Na resposta a esta demanda meramente retórica pode-se afirmar que sim, que a Corte poderia ter unicamente se restringido à interpretação restritiva da Carta sem outorgar a obrigação de arcar com as consequências aos demais membros da organização. Neste caso, mais uma vez, pode-se afirmar uma atividade de *lawmaking* por parte da Corte porquanto cria obrigações anteriormente inexistentes³⁹³.

Opinião consultiva recente que merece igualmente a atenção é aquela proferida em 2004 na questão *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Nesta ocasião, o Secretário Geral da ONU questionou a Corte acerca das consequências jurídicas no plano internacional oriundas da construção do muro que estava sendo erigido por Israel no território palestino ocupado. Em sua opinião consultiva, a Corte assim considerou:

Given the character and the importance of the rights and obligations involved, the Court is of the view that all States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction. It is also for all States, while respecting the United Nations Charter and international law, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of

³⁹² I.C.J. Reports, 1962, p.152.

³⁹³ OELLERS-FRAHM, 2011, p.1042.

its right to self-determination is brought to an end. In addition, all the States parties to the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons of 12 August 1949 are under an obligation, while respecting the United Nations Charter and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention³⁹⁴.

É possível notar pela decisão da Corte que a Corte cria uma obrigação para todos os Estados da comunidade internacional em relação à construção ilegal. É interessante notar neste caso que a questão assumiu a forma de opinião consultiva exatamente pelo fato da Palestina não ser ainda um Estado reconhecido como tal e não poder utilizar-se da forma contenciosa. De todo modo a Corte é clara ao atribuir uma violação por parte de Israel e, por conseguinte, criar uma norma internacional a qual todos possam violar.

A Corte inclusive utiliza em sua argumentação uma construção de sua própria jurisprudência que é aquela de obrigação “*erga omnes*” do direito internacional. Sobre este quesito, a Corte assim dispôs:

The Court would observe that the obligations violated by Israel include certain obligations *erga omnes*. As the Court indicated in the Barcelona Traction case, such obligations are by their very nature "the concern of all States" and, "In view of the importance of the rights involved, all States Can be held to have a legal interest in their protection". (...) The obligations *erga omnes* violated by Israel are the obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination, and certain of its obligations under international humanitarian law³⁹⁵.

Duas importantes considerações podem ser extraídas do trecho acima colacionado. A primeira delas é a referência que a Corte faz às suas próprias decisões, sobretudo para referenciar-se a um conceito por si desenvolvido que é o de obrigações *erga omnes*. Esta referência pode ser considerada como um uso autoritativo das decisões judiciais nos

³⁹⁴ I.C.J. Reports, 2004, p.200.

³⁹⁵ I.C.J. Reports, 2004, p.199.

termos do artigo 38, alínea D, do Estatuto da Corte vez que a Corte parte de uma construção que não encontra em outra forma normativa o supedâneo de existência. Delineado o caráter de uso autoritativo percebe-se igualmente – e mais uma vez – o caráter de *lawmaking* desta decisão ao atribuir regras gerais (confirmadas pela tese das obrigações *erga omnes*) a todos os Estados. É igualmente interessante notar que esta decisão numa opinião consultiva encontrou na prática dos Estados um imediato e direto impacto, sobretudo no interior do Estado de Israel, onde os tribunais nacionais aplicaram esta decisão autoritativamente³⁹⁶.

Na opinião de Edvard Hambro, o peso de autoridade de uma opinião consultiva depende exclusivamente do mérito, do raciocínio em que embasado mais do que um critério formal³⁹⁷. Desta consideração pode-se extrair a impossibilidade de firmar uma regra geral que afirma o necessário desenvolvimento do direito internacional através de *lawmaking*, mas sim que este ocorra de maneira esparsa e a depender do caso concreto

Ante os casos analisados relativos a opiniões consultivas e casos, é possível verificar um intenso processo de *lawmaking* na Corte Internacional de Justiça. A Corte Internacional de Justiça não reconhece qualquer valor obrigatório aos seus próprios precedentes. De todo modo, ela os leva em grande consideração.

³⁹⁶ Cf. OELLERS-FRAHM, 2011, p.1042. Citando Ollers-Frahm: “*Israeli Supreme Court, decision of 15 September 2005 in the case Mara’abe v. The Prime Minister of Israel, HCJ 7957104, available at: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html>.”.*

³⁹⁷ HAMBRO, 1954, p. 21.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese principal avançada no início deste trabalho restou verificada: a Corte Internacional de Justiça utiliza de maneira autoritativa suas próprias decisões, desenvolvendo o direito internacional ao fazê-lo.

A consolidação de uma jurisdição internacional permanente pode ser vislumbrada como uma tentativa de dotar o sistema internacional de uma similaridade muito próxima àquela do Estado moderno, que enxerga no poder judiciário uma importante garantia da aplicação e da execução do direito. É nesse contexto que a dialética entre a arbitragem e um sistema adjudicativo permanente se demonstrou importante campo de análise para o entendimento desta compreensão. Não seria impreciso afirmar que parte do debate acerca da jurisdição internacional tem como pressuposto essa dialética que tem por fundamento o elemento voluntário da jurisdição internacional.

A lente histórica é percuciente ao demonstrar a existência deste campo de tensão nos bastidores diplomáticos, um debate que essencialmente se funda – ainda na contemporaneidade – nas tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, bem como das respectivas respostas do papel das decisões judiciais em cada um dos sistemas. O debate doutrinal não é unísono e são múltiplas as vozes que conferem distintos papéis às decisões judiciais. O que emerge destas discussões, contudo, é a quase unanimidade de relevância das decisões judiciais enquanto detentoras de algum papel – em maior ou menor grau – na dinâmica jurídica internacional. Significa dizer que independente da consideração que os autores – sejam eles de uma matriz essencialmente baseada no *common law* ou no *civil law* – outorgam às decisões judiciais enquanto fontes é fato que elas possuem significativa relevância.

É exatamente porque o sistema de fontes e o sistema internacional possui um caráter peculiar e além de não hierarquizado também não ordenado que o sistema assume esta peculiaridade em relação à qual resposta teórica fornecer quando se examina como a produção judicial a ele se interliga.

A célebre frase da Corte Internacional de Justiça acerca dos sujeitos no caso *Reparação* de 1949 de que “os sujeitos de direito de todo sistema jurídico não são necessariamente idênticos em sua natureza ou na extensão dos seus direitos, e a sua natureza depende das

necessidades da comunidade”³⁹⁸ muito bem poderia ser também aplicada ao sistema de fontes: as fontes jurídicas do sistema internacional não são necessariamente idênticas em sua natureza ou na extensão de sua normatividade; sua natureza depende das necessidades e também do estágio de desenvolvimento da comunidade.

O elemento necessidade é um elemento interessante de ser aqui salientado exatamente porquanto se relaciona diretamente ao fundamento do ordenamento. Se as decisões judiciais se adéquam de maneira tão plástica ao ordenamento ao ponto de serem consideradas fonte de autoridade é porque este ordenamento assim necessita de tais diretivas fundadas sobre construção jurisdicional. O ordenamento jurídico internacional *precisa* de decisões judiciais e pareceres consultivos que condensem os pressupostos daquele ordenamento numa determinada época. Será o próprio ordenamento, a própria aplicação subsequente do tribunal que poderá ou não oferecer uma resposta ao elemento “necessidade” anteriormente posto pela própria Corte e que também se aplica à sistemática de fontes do ordenamento.

Ao se adotar a teoria da necessidade enquanto fundamento do ordenamento pode-se igualmente afirmar que a Corte utiliza suas próprias decisões pelo argumento da necessidade. Pelo argumento que o autorreferimento é uma necessidade da Corte pode-se também sob este argumento outorgar-lhe um caráter autoritativo.

Com o exame da práxis da Corte pode-se concluir ser iníqua qualquer tentativa de restringir no plano geral a autoridade das decisões que um órgão jurisdicional possui num sistema jurídico como o sistema internacional. Em verdade, a tentativa de generalização parece ser o maior dos equívocos que os juristas que se debruçaram sobre o tema incorrem ao analisar a situação. O problema do precedente é um problema exatamente porquanto se pretende regular a autoridade que estes possuem buscando uma regra geral num ambiente em que não se podem firmar regras gerais exatamente pelo caráter complexo do ordenamento.

A regra do *stare decisis* não vigora nos moldes concebidos pelo sistema anglo saxão mas pode-se falar num sistema distinto de concessão de autoridade às decisões. Como bem colocou o juiz Gilbert

³⁹⁸ I.C.J. Reports, 1949, p.179. 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”.

Guillaume, “os julgamentos não possuem o mesmo valor”³⁹⁹. A busca por certeza e previsibilidade das decisões permite que um sistema incerto de valorização do precedente opere no âmbito internacional. Incerto porquanto ausente a regra generalizadora que, por vezes, juristas buscam definir.

A mesma incerteza pode ser verificada no fenômeno de *lawmaking* por parte da Corte. Sim, a Corte Internacional de Justiça é capaz de criar direito internacional através de distintas técnicas, inclusive utilizando o precedente para valorizar este exercício, mas quando isto ocorre? A inexistência do critério relega redobrada importância à própria interpretação que a Corte oferecerá ao manejar os casos decididos anteriormente no futuro, seja para a valorização de determinadas decisões em detrimentos de outras; seja no processo de desenvolvimento do direito internacional. Afirma-se, portanto, que as decisões da Corte Internacional de Justiça não são tão somente um meio subsidiário para a aplicação do direito, mas são uma importante fonte alternativa de juridicidade na comunidade internacional.

³⁹⁹ GUILLAUME, 2011, p. 10.

REFERÊNCIAS

- ABI-SAAB, Georges. Fragmentation or Unification: Some **Concluding Remarks**. *New York Journal of International Law and Politics*, v. 31, 1999, p. 919-933.
- AGO, Roberto. **Caratteri generali e origini storiche della comunità internazionale e del suo diritto**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2002.
- AKEHURST, Michael. The Hierarchy of the Sources of International Law. *British Yearbook of International Law*, n. 47, 1975, p. 273-285.
- ANZILOTTI, Dionisio. **Corso di Diritto Internazionale**. 3. ed. Padova: Cedam 1964. (Vol. 1).
- _____. **Corso di Diritto Internazionale: Introduzione - Teorie Generali**. CEDAM - Padova, 1964. (Vol. 1).
- ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. The work and the jurisprudence of the international court of justice 1947-1986. *British Yearbook of International Law*, n. 58, 1988. p. 31-38.
- BARBERIS, Julio. El concepto de Tratado Internacional. *Anuario de Derecho Internacional*. n. 6. 1982.
- BARCLAY, Sir Thomas. **New Methods Of Adjusting International Disputes And The Future**. London: Constable & Company Ltd, 1917.
- BARTON, George. Hersch Lauterpacht: Some Reminiscences. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 43, n. 1, 2012, p. 202-206.
- BRIGGS, Herbert W. Reflections on the codification of international law by the International Law Commission and by other agencies. *Recueil des cours*, v. 126, 1969, p. 233-316.
- BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: West Publishing Co., 1968.
- BONFILS, Henry. **Manuel de Droit International Public (Droit des Gens)**. 7. ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1914.

BOURGEOIS, León. WEISS, André. The Permanent Court of International Justice. **The League of Nations Starts**, p.59-81. London: Macmillan and Co, 1920

BRANT, Leonardo Nemer C. **A autoridade da coisa julgada no direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRIGGS, Herbert W. Reflections on the codification of international law by the International Law Commission and by other agencies. **Recueil des cours**, v. 126, 1969.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5.ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BROWN, Philip Marshall. **International Realities**. New York: Charles Scribner's Sons, 1917.

BROWN, L.N.; JACOBS, F.G. **The Court off Justice of the European Communities**. Londres: Sweet & Maxwell, 1989.

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.

CALOYANNI, Mégalos A. **L'Organisation de la Cour Permanente de Justice et son avenir**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1931.

CANNIZZARO, Enzo. **Diritto Internazionale**. Torino: G. Giappuchelli Editore, 2012.

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2. ed.. Oxford : Oxford University Press, 2005.

COHEN, Harlan Grant. Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources. **Iowa Law Review**, v. 93, 2007.

CONDORELLI, Luigi. Fonti del Diritto Internazionale. In: CASSESE, A. **Dizionario di Diritto Pubblico**. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 2554-2574. (Vol. 3).

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4. ed. Londres: Oxford, 1991.

DAL RI Jr., Arno. Às Sombras da Soberania: a condição jurídica de Estados Federados e Governos Infraestatais no Direito Internacional. In: DAL RI JUNIOR, Arno; MARQUES, Guilherme Bez; ARRUDA, Sônia Regina (Org.). **Santa Catarina nas Relações Internacionais**. Desafios da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina no Cenário Internacional'. Florianópolis: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina; Fundação José Boiteux, 2010.

DAUDET, Yves. Actualités de la codification du droit international. **Recueil des cours**, v. 303, 2003.

DEGAN, V. D. **Sources of International Law**. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. The Danger of Fragmentation or Unification of International Legal System and the International Court of Justice. New York University **Journal of International Law & Politics**, n. 791, 1999.

_____. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des cours**, v. 297, pp. 9-489, 2002.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. London: Cambridge University Press, 2008.

FIORE, Pasquale. **Nuovo Diritto Internazionale Pubblico**: secondo i bisogni della civiltà moderna. Milano: Casa Editrici e Tipog. Degli Autori-Editori, 1865.

FITZMAURICE, Gerald. **The Law and Procedure of the International Court of Justice**. Cambridge: Cambridge Press, 1986.

FOSTER, John. W. **Arbitration and The Hague Court**. London: Cambridge University Press, 1904.

GALINDO, George. Hersch Lauterpacht. No prelo. 2012

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. 24, p. 173-200. 2011.

GUGGENHEIM, P.: **Contribution à l'histoire des sources du droit des gens**, 1-84. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de L'Haye, 1958.

GUILLAUME, Gilbert. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 2, n. 1, 2011, p.5-23.

HAMBRO, Edvard. The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice. **International and Comparative Law Quarterly**, n. 3, 1954.

HUDSON, Manley O. The Permanent Court of International Justice. **Harvard Law Review**, v. 35, n. 3, pp. 245-275, an. 1922.

HUDSON, Manley O. The Development of International Law since the War. **The American Journal of International Law**, v. 22, n. 2, p. 330-350, 1928.

_____. The Revision Of The Statute Of The World Court. **Foreign Affairs**, Vol. 9, no. 2 pp. 341-345, Janeiro, 1931.

_____. **The Permanent Court of International Justice 1920-1942**. New York: The Macmillan Company, 1943.

J.O.J.M. Review of H. Lauterpacht 'The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice'. **The Cambridge Law Journal**, v. 3, Issue 03, 1929, p 444-445.

JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. *German Law Journal*, 2011, pp.1005-1032.

JENNINGS, Robert Y. General Course on Principles of International Law. *Recueil de L'Academie de Droit International de L'Haye*, n. 121, 1967.

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

JESSUP, Philip C; BAXTER, R.R. The Contribution of Sir Hersch Lauterpacht to the Development of International Law. *The American Journal of International Law*, v. 55, n. 1, 1961, p. 97-103.

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.

_____. **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>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

_____. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 3, 2004.

KEITH, Kenneth J. International Court of Justice: Reflections on the Electoral Process. *Chinese Journal of International Law*, 2010.

_____. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

KINGUSBURY, Benedict. International Courts: Uneven Judicialization in Global Order. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. **Cambridge Companion to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti. **El discreto civilizador de Naciones**: el auge y la caída del derecho internacional 1870-1960. Buenos Aires (Madrid): Ciudad Argentina. 2005.

_____. **From apology to utopia**: the structure of international legal argument. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

_____. Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law. **European Journal of International Law**, v. 8, n. 2, 1997.

LA FONTAINE, H. **Pasicrie**: Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux. Berne: Imprimerie Stampeli & Cie, 1902.

LAPRADELLE, Albert G; POLITIS, Nicolas. **Recueil des Arbitrages Internationaux**. Tome Deuxième: 1856-1872. Paris: A.Pedone, 1923.

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. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

_____. 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 ...** Pensamento Jurídico e dimensão internacional: Experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX, 2011. (vol. 1).

MACKENZIE, Ruth et al. **Selecting International Judges: Principles, Process and Politics**. Oxford: OUP, 2010.

MANNONI, Stefano. **Relazioni Internazionali**. In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato moderno in Europa*: Istituzioni e diritto. Roma: Laterza, 2002, p. 206-245.

MCWHINNEY, Edward. The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy. **Chinese Journal of International Law**, v. 5, n. 1, p. 3-13, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (Vol. 1).

MENDELSON, Maurice. The International Court of Justice and the sources of international law. In: LOWE, V.; FITZMAURICE, M. (Org.). **Fifty Years of the International Court of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 63-89.

MONACO, Ricardo. Réflexions sur la théorie des sources du Droit international. In: NASCIMENTO E SILVA, G.E.; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2002;

MOORE, John Bassett. **How the World Court Operates**. In: Essays by John Bassett Moore. New York: MacMillan Co., 1924.

_____. The Organization of the Permanent Court of International Justice. **Columbia Law Review**, v. 22, n 6, p. 497-526, Junho de 1922.

NASCIMENTO E SILVA, G.E.; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OELLERS-FRAHM, Karin. Lawmaking Through Advisory Opinions? **German Law Journal**, 2011, p.1033-1056.

OPPENHEIM, Lassa. **International Law: A Treatise**. New York: Longman's, Green and Co, 1901.

_____. **International Law, a Treatise**, New York: Longmans Green and Co, 1921.

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

_____. **The League of Nations and Its Problems.** London: Longmans, Green and Co, 1919.

PASTORE, Baldassare. Il diritto Internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?. **Ars Interpretandi: Rivista di Ermeneutica Giuridica.** p. 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.

_____. Article 38. In: ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT, C., OELLERS-FRAHM, K. (Org.), **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary,** 2. ed., Oxford, OUP, 2012, p. 677-792.

PELLET, Alain. The Caselaw of the ICJ in Investment Arbitration. **ICSID Review,** v. 28, n. 2, 2013, p. 223-240.

_____. **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, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, pp. 1065-1083.

PETERSEN, Niels. Lawmaking by the International Court of Justice - Factors of Success. **German Law Journal,** v. 12, n. 5. 2011. p. 1296-1316.

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

_____. **Les Nouvelles Tendances Du Droit International.** Paris: Librairie Hachette, 1927.

PROCÈS-VERBAUX of the Advisory Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, 1920.
Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/other-documents.php?p1=9&p2=8>. Acesso em: 11 nov. 2011.

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

RANGEL, Vicente Marotta. Evolução da Justiça Internacional. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (org). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo: Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICHET, Charles. **Le guerre e la Pace. Studi sull'arbitrato internazionale**. Napoli: Colonnese editore, 1899.
ROBERTS, Edward A; KINGSBURY, Benedict. (Orgs) **United Nations, Divided World: The UN's Roles in International Relations**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

ROMANO, Cesare P. R. A Taxonomy of International Rule of Law Institutions. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 2, pp. 241–77, 2011.

ROOT, Elihu. The Constitution of an International Court of Justice. The American, **Journal of International Law**, v. 15, n. 1. p.1-12, jan. 1921.

ROSENNE, Shabtai. Sir Hersch Lauterpacht's Concept of the Task of the International Judge. **The American Journal of International Law**, v. 55, n. 4, 1961, p. 825-862.

_____. The perplexities of modern international law: general course on public international law. **Recueil des cours**, v. 291, p. 9-471, 2001.

ROSENNE, Shabtai. **The perplexities of modern international law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

ROUSSEAU, Charles. **Derecho Internacional Publico Profundizado**. Buenos Aires: La Ley Editora, 1966.

_____. **Droit International Public**. Tome I: Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970.

_____. **Droit International Public**. Tome V. Les Rapports conflictuels. Paris: Sirey, 1983.

SALVIOLI, Gabriele. **La Corte Permanente di Giustizia Internazionale**. Roma: Athenaeum, 1924

SCELLE, Georges. **Le Pacte des Nations et sa liaison avec Le Traité de Paix**. Paris: Recueil Sirey, 1919.

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

SCOBBIÉ, Ian G.M. The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function. **European Journal of International Law**, v. 8, n. 2, 1997, p. 264-298.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

SCOTT, James Brown. The Election of Judges for the Permanent Court of International Justice. **The American Journal of International Law**, v. 15, n. 4, pp. 556-558, jul. 1921.

_____. **Une Cour de Justice Internationale**. New York: Oxford University Press, 1918.

_____. **An International Court of Justice**. New York: Oxford University Press, 1916.

_____. The Evolution of a Permanent International Judiciary. **The American Journal of International Law**, v. 6, n. 2, pp.316-358, Abril 1912.

_____. **The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907**. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909. (Vol. 1).

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

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

SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Publico**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2004.

_____. **Les Sources du Droit International**: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice international. Copenhagen: Einar Munkksgaard, 1946.

SPIERMANN, Ole. **International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice**. New York: Cambridge University Press, 2005.

STAUFFENBERG, Berthold Schenk von. **Statut et règlement de la Cour permanente de Justice internationale**: Eléments d'interprétation. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1934.

STEPHAN, Paul B. Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 2012-47, ago. 2012.

_____. Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 47, ago. 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Reavaliação Crítica da Teoria Clássica de suas 'Fontes'. IN: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 30-97.

TUNKIN, Grigory I. Co-existence and International Law. **Recueil des cours de l'Academie de Droit International de La Haye**, v. 95, 1958, p. 1-81.

VAN HOOFF, G.J.H. **Rethinking the Sources of International Law**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.

VELAZCO, Manuel Diez de. **Las Organizaciones Internacionales**. Madrid: Editora Tecnos, 2006.

VERZIIL, J.H.W. **International Law in Historical Perspective: Inter-State Disputes and their Settlement.** Leyden: A.W.Sijthoff, 1976. (Vol. 4).

VELAZCO, Manuel Diez de. **Las Organizaciones Internacionales.** Madrid: Editora Tecnos, 2006.

VIRALLY, Michel. **Le Droit International em devenir:** essais écrits au fil des ans. Geneve: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1986.

VISSCHER, Charles de. La codification du droit international. **Recueil des cours**, v. 6, 1925, p. 325-455.
_____. Cours général de principes de droit international public. Recueil des cours, v. 86, 1954, p. 445-556.

WALDOCK, Humphrey. **General Course of Public International Law.** Recueil des Cours, 1962.

WEERAMANTRY, Cristopher G. Constitutional and Institutional Developments: The Function of the International Court of Justice in the Development of International Law. **Leiden Journal of International Law**, v. 10, 2004, p 309-340.

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

WESTLAKE, John. **International Law - Part II:** War. Cambridge: Cambridge University Press, 1907.

WESTLAKE, John. Sessão de 1975 do Instituto de Direito Internacional, cf. ANNUAIRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1878

ZIMMERMAN, A. TOMUSCHAT, N, Ch. and OELLERS-FRAHM, K. **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary,** Oxford UP, 2006.

DEMAIS REFERÊNCIAS

NORMAS E DOCUMENTOS

Convenção relativa à criação de uma corte de presas, 1907.

Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 1945.

Carta da Organização das Nações Unidas, 1945.

Procès-Verbaux Of The Proceedings Of The Advisory Committee Of Jurists, 1920.

DECISÕES INTERNACIONAIS

Corte Internacional de Justiça. (I.C.J. Reports)
Casos Contenciosos

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), 2010.

Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), 1952.

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), 2011.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), 1970.

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), 2008.

Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), 2009.

East Timor (Portugal v. Australia), 1995.

Fisheries (United Kingdom v Norway), 1951.

Frontier Dispute (Burkina Faso v Republic of Mali), 1986.

Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), 2013.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria:

Equatorial Guinea intervening), I.C.J. Reports, 1998.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), 2004.

Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), 2009.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), 1984.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 2010.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), 2012.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), 2012.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), I.C.J. Reports, 1980.

PARECERES CONSULTIVOS

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, I.C.J. Reports 1949.

Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), I.C.J. Reports 1962.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, I.C.J. Reports 2004.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL.

Casos contenciosos.

S.S. Wimbledon. CPJI. Series A, N° 1, 1923.

Mavrommatis Palestine Concessions. CPJI, Série A, N° 2, 1924.

PARECERES CONSULTIVOS

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco. CPJI, Série B, N° 4, 1923.

Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926. Série B, N° 16, 1928.

Monastery of Saint-Naoum. CPJI, Série B, N° 09, 1924.